Der Treuhandliquidations-vergleich.

Inaugural-Dissertation

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Walter Kayser
Regierungsassessor aus Regensburg

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Universitätsprofessor Dr. Rud. Schultz.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Inhaltsübersicht.

Verzeichnis der benutzten Werke.

Bauer, Hans Christian: Der außergerichtliche Treuhandvergleich, Diss. Freiburg, 1930.

Bovensiepen: Treuhand und Treuhandgeschäfte, in Handwörterbuch der Rechtsw. Bd. 6 S. 60, Walter de Gruyter, Bln. und Lpz. 1928.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts, I. C. B. Mohr, Tübingen, 1900—1912.

Emmerich, Die Sanierung, Bensheimer, Mannheim, 1930.

Finke: Der Treuhandliquidationsvergleich, Diss. Göttingen, 1932.

Fischbach: Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Bensheimer, Mannheim 1912.

Friedmann: Gutachten, in Verhandl. des 36. dt. Juristentages in Lübeck, Bd. I S. 805, W. de Gruyter, Berlin, 1930.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. II, Duncker und Humblot. Lpz. 1905.

Grünschild: Die Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung, Otto Liebmann, Berlin, 1914.

Hämmerle: Gutachten, in Verhandl. d. 36. dt. Juristentages in Lübeck, Bd. I S. 632, W. de Gruyter, Berlin 1930.

Hein, Grundriß des Treuhandrechts, Stilke, Berlin 1929.

Helm: Fiskus contra Treuhand, in Recht u. Praxis, Heft 1, Winkler, Linz a. d. Donau, 1930.

Hellwig: Gläubigernot, Schriften des Vereins für Recht und Wirtschaft, I, 3/1912, Heymann, Berlin.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, Duncker und Humblot, Leipzig 1885/6.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. A., Deichert, Leipzig 1922.

Jaeger: Kommentar zur KO. 5. A., I. Guttentag, Berlin 1916.

Jaeger: Kommentar zur KO. 6. A., W. de Gruyter, Berlin 1932.

Jaeger, Konkursrecht, Springer, Berlin 1924.

Kiesow: Vergleichsordnung, 3. A., Bensheimer, Mannheim 1930.

Kohlenberger: Der Konkursabwendungsvergleich, Diss. Erlangen 1917.

Krückmann: Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz nach dem BGB., in Festgabe der juristischen Fakultäten f. d. Reichsgericht Bd. III. S. 79, W. de Gruyter, Berlin 1929.

Lucas: Die neue Vergleichsordnung, Springer, Berlin 1927.

Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Elwert, Marburg 1922.

Mentzel: Kommentar zur KO., 3. A., Bensheimer, Mannheim 1928.

Nachod: Treuhänder und Treuhandgesellschaften, in Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, Erg. Heft 28, Laupp, Tübingen 1908.

Nolden: Der außergerichtliche Gläubigerakkord, Diss. Jena 1909.

Rinteln: Präventivakkord und Bürgenverpflichtung, Diss. Göttingen 1909.
Samolewitz: Vergleichsordnung, Struppe u. Winckler, Berlin 1929.
Schöny, Treuhandgeschäfte, Diss. Freiburg 1908.
Schöny: Treuhandgeschäfte, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 35, S. 291 ff.. 1910.
Siber: Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen, Iherings Jahrb. 67. 81, 1917.
Schultze: Alfred: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrb. 43, 1 ff., 1901.
Schwarzkopf: Treuhand als Gesetzgebungsproblem, in Recht und Praxis, Heft 2, H. Winkler, Linz a. Donau 1930.
v. Thur: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Duncker und Humblot, Leipzig 1910.
Zelter: Treuhandvergleich und Konkurs, Diss. Greifswald 1930.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen:

Konkurs und Treuhandwesen.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift.
Deutsche Juristenzeitung.
Archiv f. bürgerl. Recht.
Iherings Jahrbücher.
Gruchots Beiträge.
Zeitschrift f. Zivilprozeßrecht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Warneyers Jahrb. der Entscheidungen.
Rechtsprechung der OLG auf dem Gebiete des Zivilrechts,
Seufferts Archiv.

Einleitung.

Der unter dem Namen Inflation bekannte deutsche Währungsverfall hatte den größten Teil aller „Papiermark"-Verpflichtungen entwertet. Er war der sichtbare Ausdruck unserer allgemeinen Verarmung, die auf diese Weise zweifellos höchst einseitig vor allem die Gläubigervermögen zum Schmelzen brachte. Sach- oder Anlagewerte wurden mehr oder weniger verschont, da der Staat in dem allgemeinen Durcheinander sich nicht in der Lage sah durch eine straffe Gesetzgebung und Besteuerung für eine den Grundsätzen der Ordnung und Gerechtigkeit entsprechende Verteilung der Kriegslasten zu sorgen, sondern selbst sich seiner eigenen Geldverlegenheit durch den rücksichtslosesten Gebrauch der Notenpresse zu erwehren suchte. Erst nachträglich versuchte die Aufwertungsgesetzgebung einen Teil geschehenen Unrechts wieder gut zu machen.

Nach der Stabilisierung schien ein unerhörter Aufschwung des gesamten Wirtschaftslebens einzusetzen, und vielfach war die Meinung verbreitet, nach dem kurzen Aderlaß der Inflation könnten nunmehr die Folgen des verlorenen Krieges in stetem Wiederaufbau im Eiltempo und verhältnismäßig schmerzlos überwunden werden. Nicht wenig trug zu dieser Scheinblüte das Wirtschaftsgebaren der öffentlichen Körperschaften bei, die Ausgabefreudigkeit des neuen Regimes, das in Reich, Ländern und Gemeinden glaubte nicht genug für die öffentliche Wohlfahrt an Neubauten von Verwaltungsgebäuden, Anstalten und Unternehmungen tun zu können. Man war erstaunlich sorglos in der Aufnahme ausländischer Kredite, mit dem Ergebnis, daß sogar ein großer Teil der Reparationen gezahlt werden konnte, diese Zahlungen uns aber jetzt als private Auslandsverschuldung statt politischer Schulden desto schwerer drücken.

Die Folgen, verstärkt durch eine allgemeine Weltkrise, sind in ihren Grundzügen allgemein bekannt. Der hohe Zinssatz belastet die Wirtschaft, die Auslandsverschuldung die Währung. Dazu brachte die politische Unsicherheit für jeden, der noch den wirtschaftlichen Unternehmermut gehabt hätte, ein nicht berechenbares Risiko. Kurz der in den Jahren 1925/26 begonnene allgemeine Aufschwung geriet rasch ins Stocken als im späteren Verlauf die Auslandskredite versiegten und machte einem Zustand Platz, der allgemein als „Einfrieren" bezeichnet wird. Die Schwierigkeiten der Großbanken im

Juli 1931 machten plötzlich auch die allerbreiteste Oeffentlichkeit auf den Ernst der Lage aufmerksam; es mußten die harten Maßnahmen der Devisenbewirtschaftung und Deflationspolitik eingesetzt werden.

In diesem Rahmen sind die zuletzt von Jahr zu Jahr zunehmenden Konkurse, Vergleiche und Aktienzusammenlegungen zu betrachten. Die rechtliche Regelung der Ueberschuldung, das „Recht des Vermögensverfalls“, beanspruchen eine immer wachsende Bedeutung.

Noch ist unsere Wirtschaft auf der Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen für seine wirtschaftliche Existenz aufgebaut. Anderseits sind die Grundlagen dieser wirtschaftlichen Selbstverantwortlichkeit nicht mehr unversehrt. Hier soll nicht so sehr an das Eingreifen des Staates im Fall der Bankensanierung, als an die Eingriffe des Staates in das Wirtschaftsleben durch Aenderung von Zinsvereinbarungen, Einräumung außerordentlicher Kündigungsrechte, Preisfestsetzungen u. dgl. gedacht sein. Je mehr der Staat in die freie Entfaltung der wirtschaftlichen Kräfte sich einmischt, desto mehr übernimmt er auch die Verantwortung für die wirtschaftliche Existenz des Einzelnen. So ist auch in den letzten Zeiten eine allgemeine gesetzliche Schuldenabwertung in Betracht gezogen worden. Wenn diese Gedanken selbst keinen breiteren Boden gewinnen konnten, so vermögen sie eines zu zeigen: Der hier behandelte Liquidationsvergleich kann nicht mehr, wie früher vielfach, als ein nicht gerade vornehmer Ausweg eines ungeschickten oder leichtsinnigen Schuldners betrachtet werden. Die Abwertung aller Werte ist vielmehr eine allgemeine Zeiterscheinung. Wie der Unternehmer mit Eigenkapital seine Anlagewerte auf den der verminderten Rentabilität entsprechenden Betrag abschreiben muß, müssen sich auch die Gläubiger eine entsprechende Kürzung gefallen lassen; dann kann vielleicht der Betrieb des betreffenden Unternehmens mit verminderter Schuldenlast erfolgreich weitergeführt werden.

Die Ueberwindung jeder Krise, und besonders einer Krise von dem Ausmaß der gegenwärtigen, erfordert Opfer. Schon bemerkt man die Anzeichen kommender Besserung, und es ist die Hoffnung nicht unbegründet, daß nach der schmerzhaften Reinigung auf gesunder Grundlage eine günstigere wirtschaftliche Entwicklung sich entfaltet.

A. Konkurs und Vergleich. Gerichtlicher und außergerichtlicher Vergleich.

Für die Erfüllung aller Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen, das sind sowohl Geldforderungen, als auch andere Forderungen, die sich in Geldforderungen verwandeln können, steht jedermann mit seinem ganzen Vermögen ein. Das gesamte Hab und Gut eines Schuldners ist regelmäßig der Einzelzwangsvollstrekkung jedes Gläubigers offen. Nach seiner Wahl kann dieser einen beliebigen Gegenstand zu seiner Befriedigung heranziehen und dem entsprechend regeln die ZPO in ihrem achten Buch und das Zwangsversteigerungsges. eingehend das Vollstreckungsverfahren in die verschiedensten Vermögenswerte. Im Verhältnis der Gläubiger zueinander gilt das reine Prioritätsprinzip. Wer zu spät kommt, kann in der Regel die Befriedigung oder Pfändungssicherung des Vorhergehenden nicht angreifen. Er muß sich an die im freien Vermögen des Schuldners noch vorhandenen Werte halten, auch wenn diese zu seiner vollen Befriedigung minder tauglich erscheinen. Pfändet er dieselbe Sache, dann muß er bei der Verteilung des Erlöses solange zurückstehen, bis der vorher pfändende Gläubiger voll befriedigt ist (§ 805 ZPO).

Das Bild ändert sich, sobald besondere Anzeichen — Zahlungseinstellung, Ueberschuldung — die Gefahr kundtun, daß das gesamte Schuldnervermögen nicht ausreichend sein werde, alle gegen ihn bestehenden Ansprüche restlos zu tilgen. Es entspricht einem einfachen Gerechtigkeits- und Ordnungssinn, daß in einem solchen Fall das Prioritätsprinzip, wonach die letzten des notwendig einsetzenden Gläubigeransturms leer ausgehen müssen, ersetzt wird durch ein Prinzip der verhältnismäßigen Verteilung des Bestandes: Es wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet. Einzelzwangsvollstreckungen sind nunmehr verboten, der Schuldner verliert die Verfügungsmacht über sein Vermögen, sie wird dem Konkursverwalter übertragen, der für eine anteilsmäßige Befriedigung aller Gläubiger Sorge zu tragen hat.

Das Verfahren, das unsere Konkursordnung für diese Vermögensabwicklung zur Verfügung stellt, bringt nicht unbedeutende Nachteile mit sich. Es gilt dies ganz besonders im Hinblick auf die wirtschaftliche Seite. Um eine rechtlich einwandfrei gesicherte Berücksichtigung aller Aussonderungs-, Absonderungs- und Vorzugsrechte zu erreichen ist das Verfahren schwerfällig geworden. Es wird dazu noch häufig durch Sonderprozesse in die Länge ge-

zogen. Das alles verursacht verhältnismäßig hohe Kosten, die z. B. Kisch[1]) für den Normalfall mit $^1/_{10}$ der Masse angibt.

Am Ende steht vielfach die Vernichtung der Existenz nicht nur des Schuldners, sondern auch des betroffenen wirtschaftlichen Unternehmens. Selbst wenn dieses nicht aufgelöst wird, ist sein Kredit durch die Oeffentlichkeit des Konkursverfahrens schwer geschädigt, sein Fortbestehen in Frage gestellt. Der Gemeinschuldner, dem oft und ganz besonders in Krisenzeiten kein Vorwurf irgendwelcher Art gemacht werden kann, erleidet zu seinem wirtschaftlichen Unglück auch noch eine Ehrenminderung, eine kleine capitis deminutio. Er verliert eine Reihe von Ehrenämtern, wird zur Führung einer Vormundschaft oder Pflegschaft untauglich.

Gründe genug, die es nahe legen zur Vermeidung des Konkurses bei eingetretenem Vermögensverfall andere Wege einzuschlagen.

a) Der außergerichtliche Vergleich.

Vergleich ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (§ 779 BGB). Im gemeinen Recht war es strittige Frage, ob die Ungewißheit über die Erfüllungsmöglichkeit eines Anspruchs Gegenstand eines Vergleichs sein konnte[2]). Dies ist durch § 779 II BGB bejahend entschieden: Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist. Gerade dieser Fall ist gegeben, wenn ein Schuldner dem Konkurs zutreibt, sein Vermögensverfall offenbar wird. Durch freiwillige Vereinbarung zwischen dem Schuldner und den Gläubigern, sog. außergerichtlichen Vergleich, kann eine neue Rechtslage geschaffen werden, die Gewähr für die Erfüllung der aus der neuen Vereinbarung sich ergebenden Ansprüche geben soll. Eine absolute Sicherheit für die Erfüllung ist dabei keineswegs notwendige Voraussetzung, es genügt, wenn eine solche nach Ansicht der Parteien besteht. Das gegenseitige Nachgeben wird entsprechend der Lage des Falles verschieden gestaltet. So verzichten die Gläubiger gewöhnlich auf eine Realisierung ihrer Forderungen im vollen Umfang (teilweiser Erlaß) oder zur Zeit (Stundung). Der Schuldner hingegen unterwirft sich gewissen Beschränkungen, sei es einer einfachen Beaufsichtigung seiner Geschäftsführung durch einen Vertrauensmann oder einen Gläubigerausschuß,

---

1) Recht 1909, 681.

2) vgl. Crome, System d. bürgerl. R. II, § 301 A. 3.

sei es, daß er den Gläubigern oder deren Treuhänder Sicherheiten bestellt, bis dahin, daß dem Treuhänder teilweise oder ganz das Vermögen des Schuldners übereignet wird zur anteilsmäßigen Befriedigung aller Gläubiger (Liquidationstreuhandvergleich).

b) Der gerichtliche Vergleich.

Der außergerichtliche Vergleich beruht auf der freien Vereinbarung der Parteien, also besonders auf dem guten Willen der betroffenen Gläubiger. Trotzdem, wie wir noch unten sehen werden, ein gewisser Druck auf widerstrebende Gläubiger ausgeübt werden kann, wird häufig auch ein loyaler und in jeder Hinsicht gerechtfertigter Vergleichsvorschlag zum Scheitern verurteilt sein. In den Motiven zur Konkursordnung und in den Unterlagen zur Vergleichsordnung ist die Rede von dem „unverständigen, selbstsüchtigen oder boshaften" Widerspruch einer Gläubigerminderheit und dem „bösen Willen, dem Eigensinn oder der volkswirtschaftlichen Einsichtslosigkeit" einzelner Gläubiger[1]).

Die Forderungen von Wissenschaft und Praxis gingen angesichts dieser Tatsachen schon längst auf Einführung eines gerichtlichen Zwangsvergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses. Gleichwohl verhielt sich die Gesetzgebung lange Zeit ablehnend, obwohl bereits der erste Entwurf zur KO, veröffentlicht im Jahre 1873, ein „Vergleichsverfahren zur Abwendung des Gemeinschuldverfahrens" vorsah. Erstmalig brachte die Geschäftsaufsichtsverordnung vom 14. 11. 1916 (RGBl. I, 1363)den Zwangsvergleich (§ 33 ff. d. V.). Allein das eigentliche Ziel des Verfahrens war nicht der Abschluß dieses Zwangsvergleichs, sondern die Durchführung der Geschäftsaufsicht, die eigentlich nur als Ueberleitungsmaßnahme gedacht war, bis der durch die Kriegs- und Nachkriegszeit gestörte normale Zustand der Wirtschaft wieder eingetreten sei. Solange sollte den einzelnen Unternehmungen Schutz vor Konkurs und Zwangsvollstrekkung gewährt werden. Erst das Gesetz „über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses" vom 5. 7. 1927, das sich selbst als Vergleichsordnung bezeichnet (RGBl. I, 139), in Kraft seit 1. 10. 1927, führt als alleiniges Ziel des Verfahrens den Abschluß des konkursabwendenden Zwangsvergleichs ein. Die Geschäftsaufsicht wird damit beseitigt, der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses wird als dauernde Einrichtung in das Rechtsleben eingeführt.

Die Kennzeichen des gerichtlichen Vergleichs sind vor allem in Folgendem zu sehen. Der Kreis der beteiligten Gläubiger ist von

[1]) vgl. Jaeger KO. § 173 A 4, 16, Emmerich S. 45.

vorneherein gesetzlich bestimmt und entspricht dem Kreis der vom Konkurs als gewöhnliche Gläubiger betroffenen. Diese Gläubiger werden zu einer Interessengemeinschaft zusammengeschlossen gedacht, die den Vergleichsvorschlag als Gesamtheit annimmt. Ueber Annahme oder Nichtannahme entscheidet eine Mehrheit. Diese ist in jedem Fall die einfache Mehrheit der beteiligten Gläubiger. Je nach dem Grade, in dem der Vergleich für die Gläubiger von Nachteil ist, müssen die zustimmenden Gläubiger auch 51%, 75% oder 80% der beteiligten Forderungen vertreten. Der zustande gekommene und gerichtlich bestätigte Vergleich ist dann für alle beteiligten Gläubiger bindend.

B. Der Liquidationsvergleich.

I. Begriff.

Sowohl als Ergebnis eines außergerichtlichen wie eines gerichtlichen Vergleichs wird häufig eine Regelung gewählt, die sich in den Grundzügen wie folgt gestaltet:

Der Schuldner bestimmt sein Vermögen zum Teil oder ganz zur Verteilung an seine Gläubiger nach konkursmäßigen Grundsätzen. Diese verzichten, soweit sie nicht aus dem Vergleich befriedigt werden, auf ihre Forderungen und gewähren im übrigen Stundung bis zur Abwicklung. Insbesondere können sie nunmehr nicht Konkurs beantragen. Zutreffend wird diese Art der Vermögensabwicklung vielfach als Privatkonkurs bezeichnet, wobei allerdings ein wesentlicher Unterschied zum ordentlichen Konkurs zu beachten ist: Im Vergleichswege verzichtet der Gläubiger auf den Rest seiner Forderung, mit dem er bei der Verteilung nicht zum Zuge gekommen ist, er kann diesen Rest nicht später gegen den Schuldner geltend machen. Nach Aufhebung des Konkurses hingegen kann jeder Gläubiger, soweit er nicht befriedigt wurde, seine Forderung unbeschränkt gegen den Gemeinschuldner verfolgen (§ 164 KO). Nur als Naturalobligation bleibt auch der vergleichsweise erlassene Teil der Forderung bestehen; wenn der Schuldner freiwillig zahlt, ist dies keine Schenkung, auch bleiben Bürgschaften und Pfänder für den Forderungsrest bestehen (§ 193 S. 2 KO, § 73 VO).

Will man einen knappen Ueberblick gewinnen über die Formen, in denen die Liquidationsvergleiche häufig abgeschlossen zu werden pflegen, so empfiehlt es sich mit Emmerich eine Einteilung nach zwei Gesichtspunkten vorzunehmen, nach dem Umfang des Schuldenerlasses und nach der Art der Durchführung. Unter dem ersteren Gesichtspunkt ergeben sich zwei Möglichkeiten:

1. Aus dem zu verteilenden Vermögen des Schuldners wird eine von vorneherein nicht bestimmte Quote an die Gläubiger verteilt. Von Jaeger[1]) wird diese Art als Vergleich mit erst zu ermittelndem Teilerlaß bezeichnet.

2. Den Gläubigern wird aus dem zu verteilenden Vermögen eine bestimmte Mindestquote zugesichert.

---

[1]) KuTr. 1928, 161.

Betrachtet man die vorkommenden Liquidationsvergleiche unter dem zweiten Gesichtspunkt, also nach der Art der Durchführung, vor allem im Hinblick auf die Art und Weise, wie die Gläubiger gesichert werden, dann kommt man auf diese Unterscheidung:

1. Der Schuldner wird lediglich obligatorisch durch den Vergleich dazu verpflichtet, die Verwertung der zur Verteilung an die Gläubiger bestimmten Vermögensstücke und die Verteilung des Erlöses selbst vorzunehmen. Zur Aufsicht kann eine Vertrauensperson oder ein Gläubigerausschuß bestellt werden.

2. Verwaltung und Verteilung des Vermögens werden einem Treuhänder übertragen, jedoch ohne daß diesem Vermögensstücke übereignet oder verpfändet werden. Die Sicherung der Gläubiger besteht auch hier allein in der Verpflichtung des Schuldners nicht über sein Vermögen ohne Zustimmung des Treuhänders zu verfügen. Verstärkt kann allerdings die bloß obligatorische Bindung des Schuldners dadurch werden, daß dem Treuhänder alle vorhandenen Legitimationsmittel in Besitz gegeben werden. Gespart werden in diesem Fall die Kosten etwaiger Uebertragungen.

Um die Gläubiger gegen jeden Vertrauensbruch von Seiten des Schuldners zu sichern und dem Treuhänder in Verwaltung und Verfügung über das Schuldnervermögen möglichst freie Hand zu gewähren, wird dem Treuhänder die Masse zu Eigentum übertragen, oder es werden ihm wenigstens Pfandrechte bestellt.

4. Abandon — Vergleich: Der Schuldner überläßt ausnahmsweise sein ganzes Vermögen den gesamten Gläubigern an erfüllungsstatt. Für diese nimmt es ein Treuhänder in Empfang, der Schuldner ist von diesem Augenblick an von seinen Verbindlichkeiten befreit, er hat weder mit der Verwaltung noch mit der Verteilung des Erlöses an die Einzelnen mehr etwas zu tun, weiterhin sind es nicht mehr seine Schulden, die aus dem Erlös befriedigt werden.

Die gezeichneten Grundtypen können noch dadurch ausgestaltet werden, daß z. B. bei Kaufleuten das Privatvermögen von der Verteilung ausgenommen wird [1]); oder es wird zwar das Privatvermögen frei gelassen, soweit aber bei der Verteilung die zugesagte feste Quote nicht erreicht wird, haftet der Schuldner mit diesem. Weiter kann sich ein Dritter für den Ausfall als Bürge verpflichten. Ergibt sich andererseits ein Ueberschuß, nachdem die zugesicherte Quote an die Gläubiger hinausgegeben worden ist, dann verbleibt dieser selbstverständlich dem Schuldner.

---

1) Emmerich S. 134, Grünschild S. 27.

Daß unter Umständen ohne eigentliche Garantie eine gewisse Höhe der Quote lediglich „in Aussicht gestellt“ werden kann, dafür gibt Emmerich ZZP. 52, 229 ein Beispiel. Eine andere Modifikation liegt in der Erteilung von Besserungsscheinen, wonach bei Fortführung des Unternehmens durch den Schuldner, der es vielleicht mit geliehenen Mitteln wieder zurückerworben hat, eine Zusatzquote zur Verteilung gelangt, wenn sich der Betrieb nunmehr gewinnbringend gestaltet.

Jedenfalls sind nur die unter 2 und 3 geschilderten Grundtypen als Liquadations t r e u h a n d f ä l l e anzusehen, wie sie Gegenstand der folgenden Untersuchungen sein sollen. Dabei kann, wo eine Unterscheidung der beiden Fälle erwünscht erscheint, der erstere als „Verwaltungstreuhand“, der letztere als „Sicherungstreuhand“ bezeichnet werden.

II. Zustandekommen des Liquidationstreuhandvergleichs.

a) Liquidationstreuhandvergleich als gerichtlicher Vergleich.

Während dem außergerichtlichen Vergleich die Vertragsfreiheit grundsätzlich freie Entfaltungsmöglichkeit schafft, der außergerichtliche Liquidationsvergleich demgemäß schon bald anerkannt war [1]), ist die Frage für den gerichtlichen Liquidationsvergleich nicht ohne weiteres klar, wenigstens soweit er als reiner Liquidationsvergleich ohne feste Quote zustande kommen soll. § 15 der Vergl.O. fordert einen bestimmten Vergleichsvorschlag, § 6 ein Vergleichsangebot von mindestens 30%. Auf Grund dieser Bestimmungen hat tatsächlich die Berliner Gerichtspraxis z. Teil Liquidationsvergleiche abgelehnt, wenn nicht mindestens 30% für die Gläubiger in Aussicht standen[2]).

Diese Folgerung aus § 6 der VO ist nicht zwingend. Mindestens dem Wortlaut nach gilt § 6 VO mit seiner Einschränkung nur für den z i f f e r n m ä ß i g bestimmten Erlaßvergleich, nicht auch für den Liquidationsvergleich mit unbestimmter Quote. Schon die Begründung zu § 18 des Entwurfes der VO.[3]) nimmt den Liquidationsvergleich von der Bestimmung des jetzigen § 6 aus. Dem stimmt

---

[1]) vgl. RG. LZ. **1915**, 218.

[2]) W e i n b e r g - M a n a s s e, Vergl.O. 3. Aufl., Spaeth u. Linde 1929, S. 72.

[3]) abgedr. bei Lucas, S. 46.

auch die Literatur überwiegend zu und begrüßt es, daß auf diese einzige Weise auch ein Zwangsvergleich mit geringerer Quote als 30% zustandekommen kann; die Interessen der Gläubiger seien in diesem Ausnahmefall an sich genügend gewahrt, denn wenn der Schuldner sein ganzes Vermögen den Gläubigern zur Verteilung überlasse, seien diese wohl stets mindestens ebensogut daran wie im Konkursfalle [1]).

Daß einem solchen Liquidationsvergleich nicht die nötige Bestimmtheit mangelt, wurde bereits in Schrifttum und Rechtsprechung zum Zwangsvergleich der KO anerkannt [2]) Der Liquidationsvergleich bestimmt wenigstens virtuell die Anteile der Gläubiger. Die Leistung des Schuldners steht einwandfrei fest. In welcher Höhe die Gläubiger Befriedigung erlangen werden, ist eine Frage des wirtschaftlichen Erfolges des Auflösungsverfahrens, ein Risiko, das die Gläubiger bewußt in Kauf nehmen. Was für § 174 KO. gilt, kann ohne weiteres auf den im wesentlichen gleichlautenden § 15 VO. übertragen werden [3]).

Ein Einwand muß hier noch erwähnt werden [4]). Zum Wesen des Vergleichs — auch der Zwangsvergleich ist ein Vergleich im Sinne des § 779 BGB. — gehöre ein beiderseitiges Nachgeben, der Liquidationsvergleich lasse ein Nachgeben des Schuldners vermissen, denn der Konkurs bringe ganz die gleiche Wirkung hervor. Der Schuldner entspreche nur einer gesetzlichen Pflicht, er gebe überhaupt nichts nach. Dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, daß der Schuldner im Vergleich die Aufgabe übernimmt, selbst für die konkursmäßige Befriedigung zu sorgen, wozu er in keiner Weise rechtlich verpflichtet ist. Er verzichtet auf sein Recht, seinerseits den Konkurs zu beantragen. Abgesehen davon erlangen die Gläubiger schon allein durch den Abschluß des gerichtlichen Vergleichs Vorteile zu Lasten des Schuldners durch das im Vergleich liegende Anerkenntnis und die Vollstreckbarkeit der im anerkannten Gläubigerverzeichnis vermerkten Forderungen.

Für die Annahme des Liquidationsvergleichsvorschlages genügt hier stets die Zustimmung der einfachen Mehrheit der stimmberechtigten Gläubiger, die zugleich mindestens 75% der Gesamtforde-

[1]) für Nichtanwendung des § 6 VO.: Kiesow, Samolewitz § 6 A. 1, Lucas S. 12 Z. 3, Emmerich S. 137, LG. III Berlin KuTr. **1930**, 119, dagegen Schneider KuTr. **1930**, 175.

[2]) Jaeger JW. **1918** 287, Konk.recht S. 141 N. 4, Mentzel § 192 A. 2, RGZ. **31**, 121, **89**, 131.

[3]) Kiesow, § 15 A. 11.

[4]) vgl. Schneider KuTr. **1930**, 119; Klien KuTr. **1929**, 99.

rungen vertreten. Auch wenn vorauszusehen ist, daß die Quote geringer als 50% ausfallen werde, wird nicht die Zustimmung von 80% der beteiligten Forderungen zu verlangen sein (§ 63 III VO.), denn diese Erschwerung gilt nur im Falle ziffernmäßigen Erlasses [1]). Es ist dieselbe Ueberlegung, die von dem Erfordernis der Mindestquote von 30% des § 6 VO. absehen läßt, auch hier anzustellen.

b) Der Liquidationstreuhandvergleich als außergerichtlicher Vergleich.

Gegen die Zulässigkeit eines außergerichtlichen Liquidationstreuhandvergleichs, wie überhaupt gegen jeden außergerichtlichen Vergleich sind grundsätzliche Bedenken erhoben worden. Die im geltenden Recht verbürgte Vertragsfreiheit sei hier durch die gesetzliche Regelung der Vermögensabwicklung in Konkursordnung und Vergleichsordnung absichtlich eingeschränkt. Die Rechtsordnung stelle für die Lösung der Gläubigerkonkurrenzen diese Verfahren zur Verfügung, bei denen jeweils die Mitwirkung des Gerichts, die Oeffentlichkeit des Verfahrens, Vorschriften über den Schutz der Gläubigerminderheiten und über Gleichbehandlung aller Gläubiger eine ordnungsmäßige und anteilsmäßige Befriedigung sicherten. Ein Privatkonkurs sei daneben unzulässig und verstoße gegen die guten Sitten [2]).

Ausdrücklich verbieten die Gesetze nirgends eine Vereinbarung mit dem Ziel bei drohendem Konkurs einen Ausgleich zu erreichen [3]).

Deshalb, weil die KO. und VO. Verfahren bieten, welche die sorgfältige Prüfung aller Rechte und die entsprechende rangmäßige Befriedigung aller Gläubiger sichern, kann nicht jede freiwillig unter Anpassung an die gegebenen Verhältnisse beschlossene Regelung als unsittlich verworfen werden. Der Liquidationsvergleich, auch der außergerichtliche, will eine anteilsmäßige Befriedigung aller Gläubiger, nicht nur der bei seinem Abschluß beteiligten, sondern auch der widersprechenden. Kein Zweifel, mit dem außergerichtlichen Liquidationsvergleich ist die Gefahr von Schiebungen aller Art ver-

---

1) Mayer KuTr. **1928,** 178, a. A. Braß, KuTr. **1930,** 75.

2) so LG. München Urt. 27. 4. 29, Mchner Telegrammztg. 5. 6. 29, zitiert bei Merkel, JW. **1930,** 1342.

3) RG. JW. **1931,** 2135 „aus der KO. u. der VO. ergibt sich nichts dafür, daß eine andere, als die in ihnen geregelte Schuldenabwicklung verboten sein soll“, vgl. LZ. **1913,** 159, OLG. Dresden JW. **1927,** 1391, Reimer ZZP. **57** 126.

bunden. Allein diese Tatsache darf nicht dazu führen, das ganze Rechtsinstitut in Bausch und Bogen zu verwerfen, vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Folgen solche Rechtsverstöße zeitigen. Ein Mittel steht ja unzufriedenen Gläubigern in jedem Fall offen: Sie können die Konkurseröffnung beantragen und damit alle Verhandlungen abschneiden. Damit ist es ihrer Einsicht und Beurteilungskraft überlassen, ob nicht der Liquidationsvergleich doch eine bessere Befriedigung auch für sie gewährleistet.

Daß diejenigen Vorschriften des BGB., HGB., GmbH.Ges., Gen. Ges., welche es den gesetzlichen Vertretern von jur. Personen zur Pflicht machen, im Falle der Ueberschuldung den Konkurs zu beantragen, einem gerichtlichen Vergleich nicht im Wege stehen, ist durch ein Gesetz vom 25. 3. 1930 (RGBl. I S. 93) besonders festgelegt worden. Weil mit dem Vergleichsabschluß auch die Ueberschuldung beseitigt zu werden pflegt, bestehen auch für juristische Personen keine Hindernisse, einen außergerichtlichen Gläubigerakkord zu schließen [1]).

Zur Einleitung eines außergerichtlichen Vergleichs arbeitet der Schuldner, meist mit Unterstützung eines Vertrauensmannes oder Treuhänders, einen Vergleichsvorschlag aus und fordert dann seine Gläubiger durch gleichlautende Rundschreiben auf, diesem Abkommen beizutreten. Nun pflegen längere Verhandlungen zu folgen. Die Gläubiger ihrerseits nehmen miteinander Fühlung. Es wird manchmal aus ihrer Mitte ein Ausschuß gebildet, eine Versammlung der Gläubiger wird berufen, bei der es bekanntlich manchmal stürmisch genug zugeht. In einfacheren Fällen erfolgt die Zustimmung der Gläubiger ohne weiteres schriftlich. Jedenfalls tritt hier die Frage auf, ob es für das Zustandekommen des Vergleichs nötig ist, daß alle Gläubiger zustimmen, oder ob die Zustimmung eines Teils genügt und wie groß dieser Teil sein muß. Eng damit verbunden ist die Frage danach, in welcher Weise etwa die einzelnen Erklärungen der Gläubiger zusammenhängen, oder ob sich der Vergleich aus isolierten Einzelverträgen zusammensetzt.

Gesetzliche Anhaltspunkte werden wir vergebens suchen. Alleinige Grundlage für die Beurteilung dieser Fragen ist uns der Parteiwille, so wie er zum Ausdruck gekommen ist. Klar ist die Lage, wenn das Vergleichsangebot des Schuldners selbst die Zustimmung aller Gläubiger als Bedingung des Zustandekommens angibt. Bei Fehlen der Zustimmungserklärung auch nur eines Gläubigers ist dann der Vergleich gescheitert. Fehlt, wie gewöhnlich, ein solcher

---

[1]) Emmerich S. 193, Grünschild S. 57/58.

Hinweis, dann muß auf Grund der Gesamtlage der vermutliche Parteiwille erforscht werden.

Der Vergleich soll den Konkurs abwenden, zum mindesten eine drohende Entwicklung in dieser Richtung aufhalten. Dies ist aber nur möglich, wenn ein erheblicher Teil oder alle Gläubiger sich bereit erklären daran teilzunehmen, denn sonst können die widerstrebenden, die „Akkordstörer", durch Einzelzwangsvollstreckungen das ganze Vertragswerk empfindlich stören und zu Fall bringen. Auch die subjektive Seite darf nicht außer acht gelassen werden: Der einzelne Gläubiger, der dem Vergleichsvorschlag zustimmt und damit auf einen Teil seiner Rechte verzichtet, tut das nur in der Vorstellung, daß ein großer Teil der anderen Gläubiger, die sich in derselben Lage demselben Schuldner gegenüber befinden, in der gleichen Weise gekürzt werden. Er will nicht allein, auch nicht mit einer kleinen Gruppe, der Leidtragende sein. Am liebsten würde er, wie das in einer Gläubigerversammlung möglich ist, die Zahl derer, die bereit sind, mit dem Schuldner abzuschließen, und die Zahl der Widersprechenden überschauen, um dann davon seine persönliche Entschließung abhängig zu machen. Keiner wird, wenn es dann später doch zum Konkurs kommt, vorher auf einen Teil seiner Forderungen verzichten wollen.

Vielfach[1]) fordert man für das Zustandekommen eines außergerichtlichen Vergleichs grundsätzlich die Zustimmung aller Gläubiger, auch wenn dies nicht im Vergleichsvorschlag ausdrücklich bestimmt sein sollte. Daß dabei im etwaigen Konkurs bevorrechtigte Gläubiger außer Betracht bleiben, d. h. daß diese auf jeden Fall voll befriedigt werden müssen, ist selbstverständlich, denn sonst würden sie ihre Rechte durch den Konkursantrag erzwingen[2]). Auch für die in Betracht kommenden gewöhnlichen Konkursgläubiger hat das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung JW. 1887, 100 N. 27 festgestellt: „Wenn es nicht gelingt alle Gläubiger zu einem teilweisen Aufgeben ihrer Forderungen zu bewegen, die zu Gebote stehenden Mittel aber ausreichen, um die Ablehnenden vollends zu befriedigen, so steht nichts entgegen, diese Befriedigung nur ihnen zu gewähren". Damit ist als Gesichtspunkt für die Entscheidung darüber, welche Mehrheit für das Zustandekommen des außergerichtlichen

---

[1]) z. B. Kohlenberger S. 78, Nolden S. 28, Nord S. 42, anscheinend Scholtz JW. 1930, 3709.

[2]) Beteiligen sich sachlich gesicherte Gläubiger, so kann dies Verzicht auf die Sicherung sein (RG. KuTr. 1929, 23).

Oft haben Angestellte (bevorrechtigte Forderungen!) Interesse an einer Beteiligung, damit der Betrieb aufrechterhalten werden kann.

Vergleichs zu verlangen sei, richtig die von Seiten der Nichtzustimmenden für die Vergleichsdurchführung drohende Gefahr erkannt worden. Der Vergleich soll gelten, wenn der Schuldner die Widersprechenden voll befriedigen kann und trotzdem noch in der Lage ist den Vergleich zu erfüllen. Speziell für den Treuhandliquidationsvertrag mit Eigentumsübertragung an einen Treuhänder ist die Gefahr gering zu schätzen, weil nach geschehener Uebertragung ein Außenseiter regelmäßig nicht in der Lage sein wird die Durchführung zu stören (so Grünschild S. 36, der allerdings die Anwendbarkeit des § 419 BGB. verneint, siehe hiezu unten).

Es kann als die Anschauung des Verkehrs, unterstützt durch die Rechtsprechung, angesehen werden, daß nicht alle Gläubiger zustimmen brauchen[1]). Emmerich insbesondere weist darauf hin, daß es die Wirksamkeit eines einmal abgeschlossenen Vergleichs nicht beeinträchtige, wenn nachher noch unbekannte Gläubiger auftauchten. Mit dieser Möglichkeit rechneten die zustimmenden Gläubiger verkehrsüblicherweise. Ebensowenig sei die Zustimmung der Inhaber von bestrittenen Forderungen nötig; werde dann das Bestehen der Forderung festgestellt, sei es Sache des Schuldners sich mit dem Gläubiger auseinanderzusetzen. Ohne daß ein entsprechender Passus in den Vergleich aufgenommen zu werden brauche, könnten die kleinen Gläubiger etwa von 50.— bis 100.— RM. stillschweigend weggefertigt werden. Aus all diesen Ausnahmen, deren Zulässigkeit nicht bestritten werden kann, will man nicht den außergerichtlichen Vergleich überhaupt als Rechtseinrichtung in Frage stellen, ergibt sich, daß ein Grundsatz, wonach stets alle Gläubiger ihre Zustimmung erteilen müßten, nicht zu halten ist.

Für die Zahl der erforderlichen Zustimmungen im Verhältnis zur Gesamtzahl der Gläubiger oder der Forderungen kann begreiflicherweise eine feste Grenze nicht gefunden werden. Keinesfalls können die Quoten des § 63 Vgl.O. von 50%, 75% und 80% der Forderungen auch nur entsprechend herangezogen werden. Diese sind echte majorisierende Mehrheiten in dem Sinne, daß der beschlossene und gerichtlich bestätigte Vergleich auch für die widersprechenden Gläubiger zwingend ist, eine Störung von ihrer Seite demnach unmöglich. Die Beteiligung beim außergerichtlichen Vergleich muß entsprechend höher sein.

---

[1]) Emmerich S. 56 ff., Reimer ZZP. **57**, 127, Grünschild S. 35/36, RG. Gr. **31**, 1131, OLG. Hamburg KuTr. **1927**, 141, OLG. Augsburg BayZR. **1926**, 338, Pick KuTr. 1927, 51, 65.

Ist eine Verwertung des ganzen Vermögens vorgesehen, ohne daß den beteiligten Gläubigern eine feste Quote ihrer Forderungen zugestanden ist, dann gibt folgende Ueberlegung einen Anhaltspunkt:

Angenommen die Masse beträgt 200 000 RM. Im Konkursfall würden wegen der hohen Konkurskosten, die mit 10%, d. h. 20 000.— RM. angesetzt seien, ca. 180 000.— RM. zur Ausschüttung kommen können. Betragen die Kosten der außergerichtlichen Liquidation 15 000.— RM., dann können Gläubiger in Höhe von 5000.— RM. unbeachtlich voll vorweg ausbezahlt werden. Es bleiben immer noch 180 000.— RM. zur Verteilung an die Akkordanten, also dasselbe, wie beim Konkurs, jedoch mit dem Vorteil, daß die vorwegbefriedigten nun nichts mehr aus dieser Masse zu verlangen haben. Die Differenz zwischen der Höhe der voraussichtlichen Konkurskosten und den Vergleichskosten ist also der ungefähre Maßstab dafür, in welchem Grade ein Widerspruch unbeachtlich sein kann. Einen allgemeinen Anhaltspunkt gibtt Emmerich, der den Widerspruch von 1% bis 3% der Gläubiger und von 3% bis 5% der Forderungen für nicht hindernd erklärt. Die ganz überwiegende Mehrzahl muß zustimmen [1]).

Die Eigenart des außergerichtlichen Vergleichs legt es nahe, die rechtliche Struktur dieser Vereinbarung näher ins Auge zu fassen. Wir gehen davon aus, daß die Gläubiger ihre Zustimmungserklärungen einzeln und schriftlich abgeben, und fragen uns, ob der Vergleich sich dann aus einer Reihe von Einzelverträgen, die voneinander völlig unabhängig sind, zusammensetzt, oder ob irgend eine rechtliche Verbundenheit zwischen ihnen wahrgenommen werden kann. Vor dem Vergleichsabschluß fehlen jedenfalls solche Beziehungen zwischen den Gläubigern, wie sie z. B. unter den Miteigentümern, die über den gemeinsamen Gegenstand einen Vertrag mit Dritten schließen, bestehen.

Kuntze [2]) hat einen Rechtsbegriff des Gesamtaktes herausgestellt. Der Gesamtakt ist darnach „ein Rechtsgeschäft, sei es ein einseitiges oder zweiseitiges. Er ist ein Zusammen- oder Nebeneinanderhandeln Mehrerer zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten, um ein Rechtsgeschäft Dritten gegenüber oder mit Dritten zustande zu bringen, welches nur durch Mitwirkung dieser Mehreren zustandekommt. Es ist ein Rechts-

---

[1]) Reimer ZZP. 57, 127.

[2]) in Festschrift für Otto Müller, Lpz. 1892, bes. S. 47 ff., vgl. auch Biermann Bgl. Recht I, 141 (1908), Gierke Dt. Pr.R. I § 33 A. 3 S. 284, Kipp-Windtscheidt I § 60 A. 1 a, Emmerich S. 60.

geschäft, an dem mehrere sich beteiligen, ohne sich gegenseitig zu binden, das aber eine von allen gewollte Gesamtwirkung Dritten gegenüber hervorbringen soll. Es ist eine rechtsgeschäftliche Beteiligung Mehrerer, welche nicht als Partei sich gegenüberstehen, sondern zusammen eine Partei bilden, oder ein Rechtsgeschäft, bei dem sich mehrere Personen als eine Partei oder (Vertrag) zusammen auf einer Seite beteiligen. Die mehreren Teilnehmer stehen nicht als Parteien einander gegenüber, sondern sie verhalten sich als Parteigenossen zueinander."

Der Wille, gemeinsam zu handeln, braucht von den akkordierenden Gläubigern ja nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Er tritt in den Parallelerklärungen mit gleichem Inhalt, wie sie dem Schuldner gegenüber abgegeben werden, ohne weiteres zu Tage. Praktisch nehmen gewöhnlich die Hauptgläubiger vorher miteinander Fühlung. Daß sich aber die Gläubiger gegenseitig verbunden fühlen, daß sie dem Schuldner gegenüber eine Partei bilden, wird ganz deutlich, wenn sie sich zu einer Gesamtheit organisieren, wenn sie Versammlungen abhalten, aus ihrer Mitte einen Ausschuß oder Vertrauenspersonen bestellen und durch diese mit dem Schuldner die Verhandlungen pflegen. Auch der rechtliche Aufbau des gerichtlichen Vergleichs in der VO., der Zusammenschluß der Gläubiger zu einer Interessengemeinschaft und das Majorisierungsprinzip dort, können einen Fingerzeig in dieser Richtung geben. Der außergerichtliche Vergleich setzt sich also keineswegs aus Einzelverträgen zusammen, aus Zustimmungserklärungen, von denen jede für sich unter der Bedingung abgegeben wäre, daß auch eine größere Zahl der anderen Gläubiger dasselbe erklärt, sondern die Gläubiger treten von Anfang an dem Schuldner als Gesamtheit, wenn auch nicht als organisierte Gesamtheit, gegenüber. Es kommt dies auch darin zum Ausdruck, daß der Schuldner vielfach in seinen gleichlautenden Rundschreiben an die Solidarität und die gleiche Interessenlage aller Gläubiger erinnert, sich an eine „Gläubigerschaft" wendet [1]).

Wir sind nun an dem Punkt angelangt, zu fragen, wann ist nun genau genommen der außergerichtliche Vergleich zustandegekommen? War das Angebot des Schuldners ein unbedingt bindendes, und ist der Vergleich mit der Zustimmung der überwiegenden Mehrheit der Gläubiger ohne weiteres perfekt? Wie die Dinge liegen, muß

[1]) Für Einzelverträge Kohlenberger S. 78, Rinteln S. 4, Bernicken S. 23 Hoffmann S. 23, Nolden S. 24, 28 (der Gläubiger erblicke in den übrigen keine Genossen, handle für sich allein, doch sei Bedingung der Wirksamkeit, daß alle zustimmten).

jedenfalls irgendwer, nachdem die Zustimmungserklärungen der Gläubiger eingelaufen sind, das Verhältnis der einverstandenen zu den nicht einverstandenen Gläubigern prüfen. Diese Rolle fällt von selbst dem Schuldner zu, der sich dabei gegebenenfalls mit einem Vertrauensorgan der Gläubiger ins Benehmen setzen muß. Ueber das Ergebnis dieser Prüfung wird den Gläubigern eine Mitteilung zu machen sein. Erklärt der Schuldner, daß der Vergleich zustandegekommen sei und bestreitet ein Gläubiger diese Feststellung, dann hat das Gericht zu entscheiden. Hat aber der Schuldner in diesem Stadium noch das Recht, den Vergleich seinerseits abzulehnen, oder hat seine Erklärung einzig und allein einen deklarativen Charakter?

Die Lage der Vergleichsgläubiger und die des Vergleichsschuldners sind in Bezug auf die von etwaigen Außenseitern drohenden Störungen durchaus verschieden. Den Gläubigern wird es genügen, wenn sie durch den Vergleich Vorteile gegenüber einem Konkurs erlangen und die ihnen oder ihrem Treuhänder überlassenen Sicherheiten hiezu ausreichend erscheinen. Der Schuldner hat sich auch weiterhin mit dem nichtzustimmenden Gläubiger auseinanderzusetzen, dessen Forderung kann in Höhe des Restes auch nach der Abwicklung der Liquidation gegen ihn verfolgt werden. Diese Nachteile, die auch mit der Person der nicht zustimmenden Gläubiger zusammenhängen können, vermag der Schuldner erst zu überschauen, wenn die Zustimmungen eingegangen sind. Haben nicht alle Gläubiger zugestimmt, dann verbleibt dem Schuldner noch die letzte Entscheidung über das Zustandekommen des Vergleichs. Ganz ähnlich, wie die Zustimmungserklärung der einzelnen Gläubiger nicht unbedingt und nur im Zusammenhang mit den Erklärungen der anderen wirksam ist, ist auch das Vergleichsangebot an den einzelnen Gläubiger von vorneherein beschränkt zu denken. Der Schuldner will es sich regelmäßig vorbehalten, auch wenn eine Gläubigermehrheit sich für den Vergleich geeinigt hat, die letzte Entscheidung über die Annahme des Vergleichs doch noch selbst zu treffen. Für diese Auffassung spricht die folgende Ueberlegung. Beim Liquidationstreuhandvergleich steht das vergleichsweise Nachgeben des Schuldners schon von vorneherein fest, indem er eben eine bestimmte Vermögensmasse zur Verfügung stellt. Nicht steht fest, wie groß das Nachgeben auf der Gegenseite, der Gesamtheit der Gläubiger ist. Der Umfang dieses Nachgebens wird erst durch die Zahl der Beitretenden bestimmt. Erst, wenn dem Schuldner auch diese bekannt ist, kann ihm eine endgültige Entscheidung zugemutet werden. Es verbleibt ihm bis zu diesem Zeitpunkt eine Art Wahlrecht, den Vergleich als zustandegekommen festzustellen, oder abzulehnen (Emmerich, S. 62).

Hat der Schuldner den Vergleichsabschluß festgestellt, dann kann keine Partei mehr von ihrer Erklärung zurücktreten. Auch nachträglich sich herausstellende Unwirksamkeit einzelner Erklärungen berührt den Vergleich nicht. Dies ist auf das Wesen solcher Gesamtrechtsgeschäfte zurückzuführen, die nicht mit der Unsicherheit aus den einzelnen Willenserklärungen belastet werden dürfen (ähnlich Aktienzeichnung).

Für den gerichtlichen Vergleich stellt der § 5 der VO. den Grundsatz der Gleichbehandlung aller beteiligten Gläubiger auf. Wie im Konkursverfahren müssen alle in derselben Weise gekürzt werden, keiner darf bevorzugt sein. Beim außergerichtlichen Vergleichsabschluß fehlt auch über diesen Punkt gewöhnlich jede ausdrückliche Vereinbarung. Die Entscheidung RGZ. **6,** 227 hat es bereits abgelehnt, die gesetzlichen Bestimmungen über Gleichbehandlung beim Zwangsakkord der preußischen KO. „analogisch" auf den außergerichtlichen Vergleich auszudehnen und weist als Begründung darauf hin, daß die gesetzlich geforderte Gleichbehandlung im Zwangsvergleich lediglich das Gegengewicht zu dem gegen die Minorität geübten Zwang darstelle, ein Gesichtspunkt, der beim außergerichtlichen Vergleich ohne weiteres in Wegfall komme. Auf der anderen Seite wird z. B. von Bauer [1]) ausgeführt, daß die Gläubiger, an welche die gleichlautenden Rundschreiben versendet werden, nur in der Erwartung gleicher Behandlung dem Abkommen beitreten. Diese Erwartungen der Gläubiger seien dem Schuldner bekannt, es handle sich deshalb nicht bloß um ein unbeachtliches Motiv, sondern der Vergleichsabschluß komme auf der Geschäftsgrundlage der Gleichbehandlung zustande, denn die Beweggründe seien zur Aeußerung gekommen. Wird der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt, dann hätten die benachteiligten Gläubiger ein Rücktrittsrecht. Maßgebend seien immer die konkursrechtlichen Verteilungsgrundsätze. Die Oberlandesgerichte Dresden und Marienwerder (LZ. **1907,** 151, OLG **8,** 24) verlangen ebenfalls gleichmäßige Behandlung aller Gläubiger, eine solche sei verkehrsüblich und entspreche einem soliden Handelsbrauch.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat demgegenüber auch ferner daran festgehalten, die ungleichmäßige Behandlung für den außergerichtlichen Vergleich im allgemeinen zuzulassen [2]). Die Nachgiebigkeit ist gerade ein Hauptvorzug des außergerichtlichen Ver-

---

[1]) Der außergerichtl. Treuhandvergl. Diss. Freiburg 1930 S. 31.

[2]) RG. JW. **1886,** 21 N. 45, **1887,** 100 N. 27, Gruchot **31,** 1131, RGZ. **40,** 195; **78,** 186.

gleichs, und es kann im Rahmen des Ganzen ein Sondervorteil für einen einzelnen widersprechenden Gläubiger immer noch für die Gesamtheit günstig sein, wenn nur dadurch der Vergleich überhaupt gerettet wird. Die Beteiligten werden in der Regel mit solchen direkten oder indirekten Verletzungen des Gleichbehandlungsprinzips rechnen. Notwendiger Inhalt des Vergleichs ist die Gleichbehandlung nicht „die Sonderbefriedigung einzelner Gläubiger beim außergerichtlichen Vergleich ist eine manchmal mit gewisser Mißbilligung angesehene, aber geduldete Erscheinung“ [1]).

Für den Liquidationsvergleich mit unbestimmter Quote im besonderen ist zu beachten, daß ein Einverständnis der Beteiligten mit einer Sonderbehandlung doch nur soweit angenommen werden kann, als die übrigen Gläubiger nicht schlechter, als voraussichtlich im Konkurs, abschneiden. Die Sonderbehandlung darf die Masse nicht mehr schmälern, als es durch die Kosten eines Konkurses geschehen würde. Ist eine feste Quote vereinbart, dann ist, wie oben für die Frage der erforderlichen Mehrheit dargelegt, maßgebend ob durch die Sonderbehandlung die vergleichsmäßige Befriedigung der übrigen in Frage gestellt wird. Billigerweise darf die Bevorzugung nicht so weit gehen, daß die übrigen Gläubiger erkennen müssen, sie hätten ohne diese eine erheblich höhere Quote erhalten können. Die Frage, wieweit in der Sonderbehandlung gegangen werden darf, ist letzten Endes nur für den konkreten Fall zu entscheiden, ist Sache des Ermessens nach Recht und Billigkeit.

Wir haben bis hieher die rechtlichen Grundlagen des Vergleichs zur Gläubigerbefriedigung im Wege der außerkonkursmäßigen Liquidation erörtert. Der Vergleich wird nur zwischen dem Schuldner und den Gläubigern geschlossen. Zur Durchführung des Vergleichs, Verwaltung und Verteilung der Masse, kann eine neue Person zugezogen werden, der Treuhänder. Der Vertrag mit diesem wird vielfach in einer Verhandlung mit dem Vergleich zusammen geschlossen, ist aber begrifflich streng davon zu trennen.

Um über die Stellung des Liquidationstreuhänders Klarheit zu erlangen, ist es nötig, zunächst das Treuhandproblem ganz allgemein zu beleuchten.

---

[1]) Emmerich S. 87.

C. Das Treuhandproblem.

„Treuhandgesellschaften", „Treuhandinstitute", „Treuhänder" und „Treuhandgeschäfte" sind Worte, die in letzter Zeit immer häufiger in Gebrauch gekommen sind, deren Klarheit aber im umgekehrten Verhältnis zu ihrer Häufigkeit steht. Die Bedeutung ist im allgemeinen Geschäftsverkehr beinahe so verblaßt, daß man mit Treuhand nur noch die Vorstellung eines besonderen Vertrauensverhältnisses verbindet oder an Geschäfte denkt, die eines besonderen Vertrauens bedürfen. Wenn jemand das Aushängeschild Treuhand in seiner Firma führt, dann kann man annehmen, daß er sich mit Bücherrevisionen, Steuer- und Wirtschaftsberatungen, Sanierungen und Kreditvermittlungen, Liquidationen und Konkursverwaltungen, Nachlaß- und Vermögensverwaltungen u. a. abgibt. Das in der letzten Zeit — nicht zuletzt durch die Eingriffe des Staates in die freie Entwicklung — sich immer schwieriger und verwickelter gestaltende Wirtschaftsleben bringt es mit sich, daß selbst der kleinste Geschäftsmann seine Steuersachen, seine Sozialversicherungs-, Miet- und Kreditfragen sich nicht mehr selbst zu behandeln getraut, sondern gern den Rat eines Fachmannes einholt. Daß sich bei dem aufblühenden Treuhandwesen Mißstände eingeschlichen haben, daß es vielfach dunkle „Treu"händer gibt, ist eine bekannte Tatsache.

Was uns hier angeht, ist nicht diese „wirtschaftliche" Treuhand, sondern Treuhand als Rechtsbegriff, sagen wir gleich, als abstraktes Rechtsgeschäft.

Schultze stellt in seiner für diese Frage grundlegenden Arbeit [1]) folgende Definition des Treuhandverhältnisses an die Spitze: „Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat, mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, ist nach einem aus der älteren deutschen in die moderne deutsche Rechtssprache übergegangenen Ausdruck ein Treuhänder." In ähnlicher Weise umschreibt z. B. auch das OLG. Augsburg [2]) dieses Rechtsverhältnis: „Treuhänder ist der, der auftragsgemäß und infolge des in ihn gesetzten Vertrauens zwecks Schutzes der Rechte und Interessen eines Dritten Rechte und Geschäfte dieses Dritten nach außen hin als eigene Geschäfte und Rechte ausübt, bzw. ausführt, ohne ein eigenes persönliches Interesse und Recht an denselben zu haben."

Die Schwierigkeiten beginnen erst, wenn es heißt, den Treuhänder, dieses Subjekt von Rechten, die ihm nicht gehören, diesen

[1]) Iherings JB. 43, 1 ff.
[2]) KuTr. 1929, 173.

Inhaber einer ganz eigentümlichen Verfügungsmacht, im geltenden Rechtssystem unterzubringen. Da tauchen die Fragen geteilten Eigentums, von Vollmacht und Ermächtigung und gutgläubigem Erwerb auf. Im Recht des BGB scheint kein Platz zu sein für den Treuhänder. „Windtscheidt oder Dernburg würde diese moderne Treuhandstruktur nicht gelegen gewesen sein, in der Treuhänderei liegt etwas unglaublich Gekünsteltes, Gemachtes, Komödienhaftes verborgen." [1]). Auch Wilmersdoerffer [2]) beobachtet hier „ein Eindringen außerrechtlicher Gedankengänge, die zu einer gefährlichen Zersetzung zu führen drohen." Die Sicherheit der Lage wird nicht gefördert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das hier die unjuristische und von wissenschaftlicher Seite bekämpfte Unterscheidung von „formellem Eigentum", das dem Treuhänder, und von „wirtschaftlichem Eigentum", das dem Treugeber zustehe, eingeführt hat [3]).

Als die Quellen der heutigen Treuhand erscheinen die römischrechtliche fiducia und die deutsche Treuhand. Daneben stehen Lösungsversuche, die der Treuhand bedingte Vollrechtsübertragung oder Ermächtigung als Ausgangspunkt zugrunde legen. Eine besondere Förderung ist diesen Fragen zuteil geworden, dadurch, daß die gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses auf dem Programm des 36. deutschen Juristentages gestanden hat und aus diesem Anlaß wertvolle Gutachten von Haemmerle und Friedmann veröffentlicht wurden. Vor allem letzterer stellt scharf den Unterschied zwischen Fiduzia und deutschrechtlicher Treuhand heraus.

1. Die fiducia des alten römischen Rechts — die justinianische Kodifikation hatte die fiducia nicht aufgenommen — war, ob sie als fiducia cum creditore der Sicherung und damit dem Interesse des Fiduziars, oder als fiducia cum amico dem Interesse des Fiduzianten dienen sollte, stets Uebertragung des Vollrechts durch manzipatio oder in iure cessio. Der Fiduziar hatte die Stellung eines Eigentümers, Forderungsinhabers nach außen. Das daneben hergehende pactum fiduciae, der Vertrag, durch den der Treuzweck zwischen dem Fiduzianten und dem Fiduziar normiert wurde, wirkte lediglich obligatorisch zwischen den Parteien. Der Treugeber hatte eine schwache Position. Handelte der Treuhänder fiduziawidrig, veräußerte er die Sache auftragswidrig an einen Dritten, dann fehlte dem Treugeber ein dingliches Recht

---

[1]) Cahn LZ. **1929,** 631.

[2]) LZ. **1931,** 1430.

[3]) RGZ. **45,** 80, **62,** 198, **79,** 122, **84,** 217, **91,** 14, **127;** 341; dagegen Oertmann § 163 A. 8, Staud. Vorb. 5 d vor § 164, Nord S. 9, Schöny S. 47 ff. Grünschild S. 12, Fischbach S. 178, Schultze a. a. O. (es gibt nur ein Eigentum).

die Sache von dem Dritten zurückzuverlangen. Er konnte dies nicht einmal, wenn der Dritte bösgläubig war und von dem Treubruch wußte [1]) (Etwas Anderes ist es, ob er von dem Dritten unter dem Gesichtspunkt unerlaubter Handlung Rückgabe erlangen konnte).

2. Die deutschrechtliche Treuhand nimmt ihren Ursprung von dem Salmann der salfränkischen Affatomie [2]). Salmann ist der die Tradition, d. h. die Sale eines Gutes durch den Eigentümer vermittelnde Zwischenmann. Sie diente z. B. dazu, einem erbenlosen Mann eine Zuwendnug von Todes wegen zu ermöglichen. Das Gut wurde noch zu Lebzeiten des Erblassers an den Salmann tradiert, der es nach dem Tode an den Bedachten aufließ. Eine unmittelbare Erbeinsetzung war ja nicht möglich. Ein ähnlicher Fall lag vor, wenn ein Nichtbürger in einer Stadt durch einen Zwischenmann ein Grundstück erwarb.

Die Stellung des deutschrechtlichen Treuhänders ist insofern der des Fiduziars ähnlich, als auch er ein Verfügungsrecht erhält, das er nur im Rahmen des zugrunde liegenden Auftrags verwenden soll. Der wesentliche Unterschied jedoch liegt darin, daß der Tradent hier nicht dem Treuhänder (manufidelis, fideicomissarius) auf Gnade oder Ungnade ausgeliefert ist und im Fall des Treubruchs nur obligatorische Ansprüche geltend machen kann. Die Gewalt des deutschrechtlichen Treuhänders über die Sache ist vielmehr von vorneherein im Sinne einer solchen Vertrauensstellung rechtlich normiert. Die Sale ist nicht Eigentumsübertragung, sondern allgemein Uebertragung in andere Herrschaft zu dem jeweils festgesetzten Recht. Der Salmann ist eine Art Vormund. Sein Recht ist dinglich begrenzt durch die lex traditionis, die den Zweck der Uebertragung normiert. Verfügt er auftragswidrig, dann kann der Treugeber die Sache bei dem erwerbenden Dritten vindizieren. Ermöglicht ist diese deutschrechtliche Treuhandschaft, wie Schultze [3]) hervorhebt, nur durch das im deutschen Recht lebendige materielle Publizitätsprinzip: Nur offenkundig gemachte dingliche Rechtsver-

---

[1]) Eine schwache dingliche Wirkung hatte das pactum fiduciae: Die usureceptio (Rückersitzung) einer durch mancipatio fiduciae causa abgetretenen Sache (usureceptio ex fiducia) war für den Treugeber erleichtert, sie erfolgte innerhalb eines Jahres, auch ohne bona fides. Sohm. 17. Aufl. S. 298 A. 9, der dazu bemerkt, daß die fiduziarisch veräußerte Sache im Verhältnis zum fiduziarischen Erwerber immer noch als Eigentum des Veräußerers galt, daher die erleichterte Rückersitzung.

[2]) Heusler Inst. I § 49, Hübner I S. 723, Schultze a. a. O. S. 7, Schönh. Arch. f. Bürgerl. Recht **25, 191.**

[3]) S. 16.

hältnisse wirken gegen Dritte, weshalb die dinglich wirkende Beschränkung der Verfügungsmacht des Treuhänders keine Gefahr für die Rechtssicherheit bildete, denn der erwerbende Dritte mußte sie nur soweit gegen sich gelten lassen, als sie offenkundig gemacht worden war [1]).

Während die römischrechtliche Fiduzia im Hinblick auf das geltende Recht keine grundsätzlichen Schwierigkeiten bietet, ist es die deutschrechtliche Treuhand, die die eigentlichen Probleme birgt. Die Frage ist, ob die in der deutschrechtlichen Treuhand liegende Mehrheit von Rechtszuständigkeiten für denselben Gegenstand (v. Thur, Allg. Teil I S. 72 spricht vom Duplizitätsproblem), und eine solche bedeutet die deutschrechtliche Treuhand, denn ein Teil des Rechtes bleibt dinglich irgendwie beim Treugeber zurück, in unserer Rechtsordnung überhaupt möglich ist. Auf eine einfache Formel gebracht: Gibt es ein vom Eigentum loslösbares dingliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht?

Wir haben nun tatsächlich in unserer Rechtsordnung eine ganze Anzahl von Verwaltern fremden Vermögens. Man denke an den Testamentsvollstrecker (§§ 2203 ff. BGB.) den Konkursverwalter (§ 6 II KO.), Vormund (§ 1793 BGB.), Nachlaßverwalter (1985 BGB.), elterlichen Gewalthaber, und man wird zu dem Ergebnis kommen, daß solchen Personen ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht zusteht in demselben Umfang, wie es den eigentlichen Eigentümern der betroffenen Vermögensmassen entzogen ist. Sie haben ein d i n g l i c h e s Verwaltungsrecht [2]). Verfügungen, die ihrem Recht zuwiderlaufen, können ihnen gegenüber nur durch den guten Glauben des Erwerbers Wirksamkeit erlangen. Friedmann bezeichnet diese Fälle als „Quasitreuhand“ und wirklich ist die rechtliche Stellung dieser Verwalter fremder Vermögen der des Treuhänders unmittelbar parallel, auch sie haben sich in der Ausübung der ihnen anvertrauten Macht von den Interessen des Vermögensinhabers leiten zu lassen. Ein Unterschied aber ist entscheidend: Diese Vermögensverwalter erhalten ihre Stellung zu dem von ihnen in Verwaltung genommenen Gut aus ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften, der Liquidationstreuhänder wäre allein durch den Parteiwillen in seine dingliche Stellung gehoben. Das BGB. hat in den Fällen

---

[1]) Der Salmann vollzog im Haus des Erblassers die Sessio triduana (Hübner Grdz. I S. 723, 187), damit war sein dingliches Recht kundgetan.

[2]) So Siber Jh. Jb. **67**, 81; Gierke, Dt. PrR. II S. 65 u. 600, Friedmann S. 827 ff.. Schultze S. 64 ff.

der genannten Art (Quasitreuhandschaft) bestimmte von einander abgesonderte Typen geschaffen, es kennt keine allgemeine, diese Typen zusammenfassende Treuhandschaft [1]). Solange es demnach nicht die geforderte gesetzliche Regelung einer allgemeinen offenen fiduziafremden Treuhandschaft gibt, kann ein dingliches Verwaltungsrecht nicht durch Parteiwillkür, durch Vertrag mit dem Treuhänder für diesen ins Leben gerufen werden. Es steht dem entgegen, daß der Kreis der dinglichen Rechte, wie er im BGB festgesetzt ist, nicht willkürlich erweitert werden kann (numerus clausus der dinglichen Rechte). Die „treuhandfeindliche Bestimmung“[2]) des § 137 S. 1 BGB. läßt nicht zu, daß die Verfügungsmacht des Treugebers durch Vertrag mit dinglicher Wirkung eingeschränkt wird.

Merkel II [3]) geht bereits für das geltende Recht weiter. Er leitet aus der Analogie zu Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker usw. das Bestehen eines dinglichen Verwaltungsrechts auch für den Liquidationstreuhänder ab. Das in unserer Rechtsordnung schon lange bestehende dingliche Verwaltungsrecht könne auch durch Vertrag begründet werden. Wie in der Form der Sicherungsübereignung tatsächlich ein Pfandrecht bestellt werde, so werde in der Form der Treuhandübereignung zu Liquidationszwecken ein dingliches Verwaltungsrecht bestellt. Jedoch konnte ein Pfandrecht bereits nach dem BGB. durch Vertrag begründet werden, das Vertragspfandrecht ist als allgemeine Rechtseinrichtung schon da, nicht ein vertragliches dingliches Verwaltungsrecht [4]). Zweifelhaft ist es auch, ob die Sicherungsübereignung bereits sich als besitzloses Pfandrecht Anerkennung geschaffen hat; das Reichsgericht weigert sich jedenfalls, die letzte Konsequenz zu ziehen und dem Sicherungsnehmer statt der Widerspruchsklage des § 771 ZPZ. nur die vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO. zu gewähren (RGZ. **124**, 73 ausdrücklich gegen RFinH. **19**, 126).

Eine Entscheidung des RG. kann hier nicht übergangen werden, denn sie liegt gerade auf der Linie zur Entwicklung eines dinglichen Verwaltungsrechts des Treuhänders, RGZ. **89**, 131. In einem konkursbeendendem Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. KO. wurde der Konkursverwalter als Liquidationstreuhänder bestellt. Von einer

---

[1]) Friedmann S. 828.

[2]) Jessen JW. **1930**, 1370.

[3]) JW. **1930** 1342 u. **1931**, 1140.

[4]) Gegen Verwaltungsr. Krückmann, JW. **1930**, 3710, es gebe nur eine Summe von Einzelbefugnissen zu Verwaltungszwecken.

Uebereignung ist in der Vergleichsbestimmung nicht die Rede, der ehemalige Konkursverwalter soll die ihm zu treuen Händen überlassenen Vermögensstücke als unbeschränkt und unwiderruflich Bevollmächtigter des Gemeinschuldners im Interesse der Konkursgläubiger verwalten und verwerten und die aus dieser Verwertung erzielten Einnahmen nach Abzug der entstandenen Auslagen und Kosten nach konkursmäßigen Grundsätzen an die nichtbevorrechtigten Gläubiger zur Verteilung bringen. Das RG. stützt das Recht des Treuhänders auf §§ 190, 192 KO. wonach der Gemeinschuldner das Recht zur freien Verfügung nur soweit zurückerhält, als der „Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt". Die hier durch den Parteiwillen aufrechterhaltene Verfügungsbeschränkung ist die des § 6 I KO.; Jaeger[1]) folgert daraus richtig, daß es sich um ausdrücklich verstattete Aufrechterhaltung einer gesetzlichen Verfügungsbeschränkung handelt, § 135 BGB. somit anzuwenden ist, d. h. der Verwaltungsmacht des Treuhänders volle dingliche Wirksamkeit zukommt. Es ist also keine Verfügungsbeschränkung rein vertraglich geschaffen worden. Trotz ihrer schmalen Grundlage auf § 192 KO., zeigt aber diese Entscheidung, welchen Weg eine Entwicklung der Rechtsstellung des Liquidationstreuhänders im Rahmen eines allgemeinen Treuhandrechts zu gehen hat.

3. Neben dem, wie wir gesehen haben, mehr de lege ferenda als de lege lata bedeutsamen dinglichen Verwaltungsrecht des Treuhänders zeigt auch bereits Schultze die bedingte Vollrechtsübertragung als zu Treuhandzwecken verwendbar. Es kann auf diese Weise im Rahmen des BGB., soweit dieses ein bedingtes oder befristetes Eigentum zuläßt (nicht für Grundstückseigentum, § 925 II BGB.)[2]), der Treugeber eine Beschränkung des übertragenen Vollrechts erreichen. In der Praxis kommen allerdings Resolutivbedingungen kaum vor[3]). Es wäre aber zu weitgehend etwa, wie Schönh (S. 306 a. a. O.), eine stillschweigende auflösende Bedingung jeder treuhänderischen Uebertragung, die nicht lediglich dem Interesse des Treuhänders dient, zuzurechnen. Eine nicht ausdrückliche Bedingung, die jeder Treuhänderschaft ipso iure beigefügt sein sollte, müßte um ihren Zweck zu erfüllen, d. h. Ersatz für eine dinglich beschränkte Vollrechtsübertragung zu sein, den unbestimmten Inhalt haben, daß das Treugut an den Treugeber zurückfallen

---

[1]) JW. **1918**, 288.

[2]) Für Grundstückseigentum wird Sicherung der Rückübertragung durch Vormerkung empfohlen.

[3]) Emmerich, S. 157. Die Möglichkeit resolutiv bedingter Treuhand bejaht RGZ. **54**, 340; **55**, 394; **99**, 143.

soll, wenn der Treuhänder zweckwidrig verfügt oder wenn der Treuzweck vereitelt wird (Untreue, Tod, Konkurs des Treuhänders). Schon die Rechtssicherheit verlangt, solche stillschweigende Bedingungen allgemeinen Inhalts nicht anzuerkennen [1]).

4. Die vierte Wurzel des Treuhandrechts ist die von Ludewig und der Rechtsprechung des RG. entwickelte Lehre von der Ermächtigung [2]). Ermächtigung ist die Erteilung der Macht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken (Ludewig). Dadurch ist die Ermächtigung von der Vollmacht abgegrenzt. Der Bevollmächtigte handelt im fremden Namen. Rechtlicher Ausgangspunkt für die Ermächtigung ist im gegenwärtigen Recht der § 185 BGB., wonach die Verfügung eines Nichtberechtigten (also auch im eigenen Namen) mit der Einwilligung des Betroffenen wirksam ist. Die Einwilligung kann auch im voraus gegeben werden, dann ist der Ermächtigte befugt mit sofortiger Wirksamkeit über das fremde Vermögen im eigenen Namen zu verfügen [3]). Vor allem für das Inkassoindossament hat das RG. mit der Rechtsfigur der Ermächtigung gearbeitet. Der Inkassoindossatar tritt nach außen als Gläubiger auf. Durch das Indossament ist er in derselben Weise legitimiert, wie ein wirklicher Inhaber des Wertpapieres. Bei der Indossierung war aber der Wille der Parteien nicht auf Vollrechtsübertragung gerichtet, es sollte der Indossatar nur ermächtigt werden, die Gläubigerrechte auszuüben, wozu ihm auch die Legitimation übertragen werden mußte [4]).

Der zur Verfügung über irgend welche Vermögensstücke Ermächtigte kann Treuhänder sein, wenn ihm die Ermächtigung im fremden Interesse erteilt ist oder wenigstens nicht ausschließlich im eigenen Interesse. Einen sofort in die Augen springenden Mangel weist jedoch die Ermächtigung für den hier gebrauchten Zusammenhang auf: es fehlt eine entsprechende Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Vermögensträgers, es bleibt dieser — von der dinglichen Seite betrachtet — zu Verfügungen über sein Eigentum auch weiterhin im Stande.

---

[1]) Haemmerle, Gutachten S. 689 versagt mit Oertmann jeder beigefügten Bedingung die Wirksamkeit, weil sie gegen § 137 BGB. verstoße, praktisch ein Verfügungsverbot bedeute .

[2]) Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Friedmann, Gutachten, S. 842.

[3]) Vgl. RGZ. **117**, 72.

[4]) RG. Recht **1913**, 2810, RGZ. **36**, 55; **117**, 72; JW. **1928**, 231.

Diese Form der Treuhandschaft, die der oben genannten „Verwaltungstreuhand“ entspricht, kann den am Liquidationsvergleich beteiligten Gläubiger nur ausnahmsweise genügen, wenn ihnen die Person des Schuldners vertrauenswürdig erscheint und sein Geschäftsgebaren leicht zu überblicken. Sonst bleibt zu einer wirklichen Sicherung der Gläubiger nur die Uebertragung der Vermögensgegenstände des Schuldners im einzelnen nach den jeweils dafür geltenden Normen, also zweckücberschießende Vollrechtsübertragung römischrechtlicher Prägung mit daneben laufendem pactum fiduciae.

Die Verpflichtung zur Vermögensübertragung wird im gerichtlichen Vergleich gewöhnlich Bestandteil der gerichtlichen Vergleichsurkunde, so daß die Frage, ob die Formvorschrift des § 311 BGB. auch diesen Fall trifft, nicht brennend wird. Anders ist die Lage für den außergerichtlichen Vergleich. Grünschild S. 32, Rumpf AZP. 119, 141 verneinen die Anwendbarkeit des § 311 BGB., weil kein Veräußerungsgeschäft vorliege. Emmerich S. 142 empfiehlt die Berücksichtigung dieser Gesetzesbestimmung zur Sicherheit, denn wenn das Formerfordernis angenommen würde, werde dieser Mangel nicht (wie bei § 113) durch die nachfolgende Uebertragung geheilt.

§ 311 BGB. soll der Rechtssicherheit dienen und den Veräußerer vor Uebereilung schützen. Diese Gründe treffen auch die Verpflichtung zur Uebereignung an einen Treuhänder. Der Schuldner begibt sich durch sie vollständig der Verfügungsmacht über sein Vermögen. Daß er anderseits Rechte gegen den Treuhänder erwirbt, der es insbesondere übernimmt seine Schulden zu tilgen, entspricht nur dem Fall, daß er für die Hingabe seines Vermögens Gegenleistungen erhält, was die Anwendung des § 311 nicht ausschließt. Daß § 311 BGB. ein echtes Umsatzgeschäft voraussetze, läßt sich nicht aus dieser Bestimmung ableiten.

Dem scheint die Entscheidung RGZ. 72, 116 zu widersprechen, nach deren Ueberschrift treuhänderische Bestellung eines Nießbrauchs zur Gläubigerbefriedigung nicht der From des § 311 bedürfte. Ein näheres Eingehen zeigt, daß die Entscheidung nicht davon ausging, dem Gläubigerausschusse sei ein echter Nießbrauch zum Zwecke der Schuldentilgung eingeräumt worden, und es komme dieser „wirtschaftlich“ — da der Schuldentilgung — dienend in erster Linie dem Schuldner zugute. Es wird vielmehr deutlich ausgeführt: „Die den Gläubigern eingeräumte Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist kein Nießbrauchsrecht im Sinne von § 1030 BGB.“ Daran könne

„auch der Umstand nichts ändern, daß nach Absicht der Beteiligten die dem Gläubigerausschuß eingeräumte Verwaltungs- und Verfügungsgewalt den Charakter eines dinglichen Rechts hat erlangen sollen.“ Das RG. lehnt also offenbar eine dingliche Wirkung dieses vertraglichen Verwaltungsrechts überhaupt ab, weshalb auch die analoge Anwendung dieser Entscheidung für den Fall der Vermögensübertragung zu treuhänderischem Eigentum ausscheidet [1]).

---

[1]) so auch Bauer, S. 61, der darauf hinweist, daß nur Ermächtigung vorliege, dem Sch.Verfügungsmacht nicht entzogen wurde. A. A. Krebs S. 65.

D. Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner, Treuhänder und Gläubigern.

Es gibt heute keinen typischen Treuhandvertrag, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten fest und klar gezeichnet wären. Man muß, um die nach Abschluß des Treuhandvertrags entstehenden Rechte und Pflichten ermitteln zu können, auf die zur Treuhandübereignung führenden Rechtsvorgänge und den Zweck derselben zurückgreifen. Im wesentlichen entspricht der Treuhandvertrag genau dem Vergleich, ist mit diesem oft gleichlautend, wenn z. B. der Treuhänder einfach seine Unterschrift unter die Vergleichsurkunde setzt.

Von den zwei großen Gruppen der Treuhandschaft, der e i g e n n ü t z i g e n, d. h. dem Interesse des Treugebers dienenden und der f r e m d n ü t z i g e n, d. h. dem Interesse des Treuhänders oder Dritter dienenden (Muster: Sicherungsübereignung), umfaßt keine völlig den Fall der Liquidationstreuhänderschaft. Diese will vielmehr sowohl dem Schuldner, wie den Gläubigern Vorteile bringen. Für den Schuldner soll das Treugut möglichst wirtschaftlich zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden, wenn ein etwaiger Ueberschuß an ihn zurückfallen soll. Bei knapper Liquidationsmasse ist es zum Vorteil der Gläubiger, die sonst mit ihren Forderungen einen Ausfall erleiden, daß der Treuhänder ein möglichstes Geschick bei der Verwertung entfalte. Vor allem soll die Masse im Besitz des Treuhänders auch eine Sicherheit für die Vergleichsforderungen bilden. Der Liquidationstreuhänder steht so zwischen den Parteien. Selbst hat er gewöhnlich kein Interesse für die eine oder andere Partei, es sei denn daß er gleichzeitig Gläubiger ist. Erhält er etwa eine Erfolgsprovision, so vermag diese Art der Beteiligung nicht die Natur der Treuhandschaft zu ändern, denn sein Interesse läuft soweit dem beider Parteien gleich und ändert nicht seine Stellung als Mittelsmann.

Aus dem Vergleich hat der Schuldner den Gläubigern gegenüber die Pflicht, den Treuhandvertrag abzuschließen und das Treugut dem Treuhänder zu übergeben. Er hat alle nötigen Auskünfte zu geben, Rechnung zu legen, in jeder Weise den Treuhänder bei seiner Tätigkeit zu unterstützen. Die Gläubiger ihrerseits haben jedes Vorgehen gegen den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung zu unterlassen.

Der Treuhänder wird in der Regel nur gegen Vergütung, Treuhänderhonorar, tätig. Mit ihm wird ein auf eine Geschäftsbesor-

gung gerichteten Dienstvertrag geschlossen nach § 675 BGB.[1]). Man mag hier zweifeln, ob ein Dienst- oder Werkvertrag gegeben ist. Die Grenze ist nicht von vorneherein klar. So könnte für einen Werkvertrag sprechen, daß der Treuhänder nicht an Weisungen gebunden ist. Allein diese Tatsache vermag nicht den Ausschlag zu geben. Der Treuhänder leistet Dienste höherer Art. Seine Tätigkeit kann mit der eines Arztes verglichen werden und man hat den Treuhänder treffend auch schon „Arzt der Wirtschaft“ genannt. Beiden ist im einzelnen freigestellt, welche Wege sie bei ihrer Tätigkeit für den Auftraggeber einschlagen wollen, sie haben nur die für eine ordentliche und gewissenhafte Ausführung der ihnen übertragenen Aufgabe im allgemeinen geltenden Kunstregeln zu beachten; für den Erfolg, der naturgemäß auch noch von anderen Umständen abhängig ist, stehen sie nicht ein. Der Treuhandvertrag wird daher gewöhnlich kein Werkvertrag sein. Dienstherr ist der Schuldner, manchmal schließen auch Schuldner und Gläubiger zusammen den Treuhandvertrag, dann erwerben auch diese unmittelbare Rechte des Dienstherrn. Sonst ist, wie allgemein anerkannt[2]), der Treuhandvertrag ein Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB. Begünstigte sind a l l e Gläubiger, die nach dem Vergleich befriedigt werden sollen, beim außergerichtlichen Vergleich also auch die nicht beigetretenen. Letztere sind in der Regel schon deshalb gleichermaßen berücksichtigt, um ihren Angriffen die Spitze abzubrechen.

Die Gläubiger erwerben s e l b s t ä n d i g e Ansprüche gegen den Treuhänder nach § 328 II BGB. Die beigetretenen Gläubiger haben auf einen Teil ihrer Forderungen verzichtet, zum mindesten Stundung gewährt. Wer etwas bietet, will auch eine Gegenleistung zu eigenem Recht erwerben. Anhaltspunkt für das selbständige Recht der beigetr. Gläubiger ist auch, daß sie einen Anspruch auf den Abschluß des Vertrags zu ihren Gunsten hatten. Den nichtbeitretenden Gläubigern versagt E m m e r i c h[3]) das s e l b s t ä n d i g e

---

[1]) Emmerich, S. 172, Fischbach S. 306, Grünschild S. 29, Bauer S. 52, RGZ. 72, 179, wo die Uebernahme der Umwandlung eines in Konkurs geratenen Fabrikunternehmens in eine AG. nicht als Werk, sondern als Dienstvertrag erkannt ist, weil der Verpflichtete keine Haftung für den Erfolg übernommen habe. Ebenso übernimmt der Treuhänder keine Haftung dafür, daß ihm die Liquidation gelinge. Für Werkvertrag Wolff, LZ. **1913**, 746.

Vermutung für die Entgeltlichkeit: §§ 611, 612 ff. BGB. (§ 662 ist in § 675 nicht aufgeführt).

[2]) Grünschild S. 30, Gerstle S. 47, Rumpf AZP. **119.** 140, Bauer, S. 51 Emmerich S. 156 u. 171, RGZ. **55,** 192, RG. KuTr. **1929,** 150.

[3]) S. 156.

Recht, im Zweifel sei ein Druck zum Beitritt gegen diese widersprechenden Gläubiger gewollt. Es ist aber, wenn nichts anderes aus den Verträgen zu entnehmen ist, näherliegend von dem Satz möglichst gleichmäßiger Behandlung Aller ausgehend auch den nichtbeigetretenen Gläubigern den eigenen Anspruch zuzusprechen [1]). In einem Punkt muß aber für jeden Fall ein Unterschied zwischen den beigetretenen und den nichtbeigetretenen Gläubigern gemacht werden: Die Aufhebung oder Aenderung des Vergleichs bedarf nur der Zustimmung derer, die ihn abgeschlossen haben. Nur diese haben unwiderrufliche Rechte erlangt (§ 328 BGB. am Ende). Eine Herrschaft über das ganze Vertragsverhältnis, dessen Aenderung nicht selten im Laufe der Durchführung nötig wird, kann den Akkordstörern schon aus praktischen Gründen nicht eingeräumt werden. Den Außenseitern einen Widerspruch gegen die Aufhebung einer Regelung, zu der sie vorher den Beitritt abgelehnt haben, einzuräumen, wäre auch wenig folgerichtig [2]).

Der Treuhänder ist dem Schuldner und unmittelbar den Gläubigern für die Liquidationstätigkeit und die Verteilung der Quoten verantwortlich. Er haftet nach den allgemeinen Grundsätzen. An Weisungen des Schuldners oder der Gläubiger ist er nicht gebunden. Seine Mittelsstellung bringt es mit sich, daß er gleichzeitig Schiedsrichter über die Interessengegensätze ist. Seine Persönlichkeit wird so gewählt, daß er diesem Selbständigkeit, Vertrauen und Verantwortungsfreudigkeit forderndem Amt gewachsen ist.

Da der Treuhänder das Treugut nicht zu seiner eigenen Sicherung in Händen hat, kann ihm der Dienstvertrag jederzeit gekündigt werden, wenn sich Schuldner und Gläubiger darüber einig sind. Einigen sie sich nicht, dann muß auf der Grundlage des Vergleichs entschieden werden, ob z. B. der eine Teil zur Kündigung des anderen seine Zustimmung zu geben hat, weil der Treuhänder die Interessen des letzteren gröblich verletzte (vgl. hiezu § 157 BGB.).

Bestellung eines Stellvertreters ist dem Treuhänder nicht erlaubt (§ 613 BGB.). Gerade seine Zuverlässigkeit, Kreditwürdigkeit und geschäftliche Erfahrung können für seine Wahl entscheidend gewesen sein. Für einzelne Geschäfte oder einen Kreis von Angelegenheiten, der eine besondere fachliche Kenntnis verlangt, mag

---

[1]) Grünschild S. 31, Bauer S. 51.

[2]) Grünschild S. 31, Emmerich S. 77. In der Ablehnung des Beitritts kann nicht ein Verzicht auf das selbständige Recht gesehen werden. Der Treuhänder muß auch für die nicht beigetretenen Gläubiger, um den Einwand der Gläubigerbenachteiligung zu vermeiden, die Quote bereithalten (OLG. Hamburg, Rspr. 33, 230, Oertmann Schuldv. S. 80 A. 1. § 333 Z. f. L., Grünschild S. 30 f.

er einen Vertreter bestellen. Er haftet dann für diesen gemäß § 278 BGB.

Wie die Gläubiger aus dem Treuhandvertrag unmittelbar Rechte gegen den Treuhänder erwerben, so kann dieser seinerseits ihnen gegenüber alle Einwendungen vorbringen, die dem Schuldner zustehen. Er ist dem Schuldner und den übrigen Gläubigern sogar dazu verpflichtet diese Einwendungen vorzubringen. Die Lage ist entsprechend der Lage bei der Schuldübernahme (§ 417 BGB.); der Treuhänder befriedigt die Gläubiger kraft eigenen Verfügungsrechts über das Treugut, es ist die ursprünglich gegen den Schuldner gerichtete, durch den Vergleich modifizierte Forderung, an ihrer Identität hat sich nichts geändert. Vor allem kann der Treuhänder den Gläubigern die sich aus dem Vergleich ergebenden Einschränkungen entgegenhalten und ihre vorzeitigen Pfändungen in das Treugut abwehren.

Ist der Treuhandvertrag zwischen Schuldner und Gläubigern einerseits und Treuhänder andererseits abgeschlossen worden, z. B. einheitlich mit dem Vergleich, sind also auch die Gläubiger unmittelbar dem Treuhänder gegenüber Vertragsgegner, dann sind sie diesem schon daraus unmittelbar gebunden.

Der Liquidationstreuhänder ist wohl Vertrauensmann auch der Gläubiger, als Treugeber jedoch im eigentlichen Sinn kann man die Gläubiger im Normalfall nicht bezeichnen. Es sind nicht ihre Vermögensstücke, die er verwaltet, er hat für ihren Rechtskreis keine zwecküberschießende Verfügungsmacht. Höchstens ist er ermächtigt, die Rechte der Gläubiger aus dem Vergleich gegen den Schuldner wahrzunehmen. Ein Fall würde den Treuhänder zum einseitigen Treuhänder der Gläubiger machen: Der Abandonvergleich. Dabei überläßt der Schuldner sein Vermögen den Gläubigern an Erfüllungs Statt. Der Treuhänder erwirbt es für die Gläubiger ohne Beschränkungen gegenüber dem Schuldner, die Gläubigergesamtheit ist eigentliche Trägerin des Vermögens, das sie mangels Rechtsfähigkeit nicht selbst erwerben kann [1]).

Auch sonst erlangen die Gläubiger an dem übergebenen Treugut keinerlei dingliche Rechte, weil es nicht möglich ist, ihnen ein solches durch Vertrag zugunsten Dritter zu verschaffen, Die Stellung der Gläubiger, die lediglich Drittbetreute, Destinatäre, der doppelseitigen Treuhand sind, ist wenn man ihre Sicherung gegen den

---

[1]) vgl. RG. LZ. 1928, 1248, RGZ. **121**, 294, treuhänderischer Erwerb für einen nichtrechtfähigen Verein.

Treuhänder ins Auge faßt, eine außerordentlich schwache. Friedmann will daher mit Recht in seinen Vorschlägen zur gesetzlichen Regelung des Treuhandverhältnisses dem Destinatär ein gesetzliches Pfandrecht am Treugut einräumen, das durch seinen Beitritt zustandekommen soll.

Nach Abwicklung der Geschäfte oder durch vorzeitige Kündigung aus wichtigem Grund erlischt das Dienstverhältnis. Der Treuhänder muß nun alles, was er noch in Händen hat, zurückgeben. Für seine Entgeltforderung und Ersatzansprüche hat er ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht.

C. Die Rechtsstellung der nichtbeteiligten Gläubiger.

Diese Frage erlangt ihre besondere Bedeutung nur für den außergerichtlichen Vergleich. Das gerichtliche Vergleichsverfahren bindet auch die Widerstrebenden; soweit Gläubiger von der Teilnahme am gerichtlichen Vergleichsverfahren überhaupt ausgeschlossen sind, ist ihre Bedeutung an sich gering.

Für den außergerichtlichen Treuhandvergleich dagegen ist es geradezu eine Lebensfrage, ob er von den nichtbeteiligten Gläubigert angefochten werden kann, ob ihn der Mangel der Nichtigkeit trifft und insbesondere, ob die Akkordstörer ohne Rücksicht auf den Vergleich und die Treuhandverfügung für ihre vollen Forderungen in das Treugut vollstrecken können. Die beteiligten Gläubiger hält der Treuhänder ohnehin durch Hinweis auf den Vergleich vom Treugut ab; kann er nun gegen den pfändenden Akkordstörer die Interventionsklage des § 771 ZPO. erheben?

I. Die Interventionsklage des Treuhänders (§ 771 ZPO.).

Nach § 771 ZPO. hat der, dem ein „die Veräußerung hinderndes Recht" am Gegenstand der Vollstreckung zusteht, die Widerspruchsklage. Diese Klage ist eine rein prozeßrechtliche und richtet sich gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung [1]) als staatlichen Zwangsakt. Welche Rechte die Veräußerung hindern, kann nicht aus § 771 ZPO. herausgelesen werden. Dies richtet sich vielmehr, wie auch die entsprechende Bestimmung des § 43 KO. für das Konkursverfahren ausdrücklich anerkennt, nach den allgemeinen Gesetzen, also nach materiellem Recht. Was darnach zum V e r m ö g e n des Schuldners zu rechnen ist, unterliegt auch der Zwangsvollstreckung gegen ihn [2]).

Das Widerspruchsrecht des Treuhänders entfällt von vorneherein in den Fällen, in denen dem Treuhänder keine dingliche Rechtsmacht zusteht, sondern nur die obligatorische Verwaltungsbefugnis (Vollmacht oder Ermächtigung). Hier ist keine Vermögensverschiebung eingetreten, die Bindung des Schuldners, sich jeder

---

[1]) Stein-Jonas § 771 S. 579 N. 9 und dort angef. Gegner d. A.

[2]) vgl. die Ausführungen von Max Wolff, JW. **1930,** 1470, wonach § 771 lediglich besagen will, daß dem Widersprechenden der K l a g e w e g offen steht, im Gegensatz zu § 805 ZPO., der ein Klagerecht des bloßen Pfandgl. verneint.

Verfügung über die betreffenden Gegenstände zu enthalten, ist keine Grundlage für Anwendung des § 771.

Ist dem Treuhänder die Liquidationsmasse übertragen, dann hat er jedenfalls ein echtes juristisches Eigentum. Von einem Scheingeschäft kann keine Rede sein, die Uebertragung war ernstlich gewollt. Es würde einem nicht unerwünschten Zug zur Abkehr von der allzu wirtschaftlichen Betrachtungsweise und zur Rückkehr zu strengeren rechtlichen Anschauungen entsprechen, hier Eigentum gleich Eigentum zu behandeln und auf der formalen Grundlage das Widerspruchsrecht dem Treuhänder jedenfalls zu gewähren [1]). Der pfändende Gläubiger braucht deshalb noch lange nicht schutzlos zu sein. Er kann seinen Angriff gegen das der Uebertragung zugrunde liegende obligatorische Rechtsverhältnis richten und den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Uebererlöses pfänden. Allerdings durch die Pfändung der Ansprüche aus dem Dienstvertrag mit der Absicht, den Dienstvertrag zu kündigen und die Herausgabe des Treuguts zu verlangen, kann dem pfändenden Gläubiger in diesem Falle nicht geholfen sein. Er erwirbt den Anspruch und das Kündigungsrecht nur in demselben Umfang, wie es dem Schuldner zustand. Nach Vergleich und Treuhandvertrag ist aber eine willkürliche einseitige Kündigung des Schuldners ausgeschlossen. Gerade das pactum fiduciae bestimmt eben die Beziehungen des Treugutes zum Schuldnervermögen; ist eine Kündigung des Treuhandverhältnisses durch den Schuldner ausgeschlossen, so ist das ein Zeichen, dafür, daß er insoweit auf die Zugehörigkeit der übereigneten Gegenstände zu seinem Vermögen verzichtet hat. Ob die benachteiligten Gläubiger diese Rechtsgeschäfte anfechten können, ist eine andere Frage.

Der überwiegende Teil der Lösungen der Frage nimmt seinen Ausgang von der Unterscheidung zwischen wirklicher Vermögenszugehörigkeit und formellrechtlicher Inhaberschaft des Vollrechts (Eigentums, Pfandrechts, Forderungsrechts). Das ist trotz des gänzlich schiefen Ausdrucks der Kern der reichsgerichtlichen Unterscheidung von wirtschaftlichem und juristischem Eigentum.

---

[1]) So Jessen JW. 1930, 3363.

v. Tuhr. Allgemeiner Teil S. 203 wehrt sich ebenfalls scharf gegen eine Denaturierung der Rechtsbegriffe, die die Rechtssicherheit gefährde. Durch Parteiwillkür könne keine Duplizität des Eigentums geschaffen werden. Das Gesetz kenne nur eine im Schutz der Rechtsordnung stehende volle Herrschaft über die Sache, welche es Eigentum nenne.

Wir gehen von dem Fall der gewöhnlichen Sicherungsübereignung aus. Das reine Sicherungseigentum gewährt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts dem Sicherungsnehmer stets das Widerspruchsrecht. Damit steht allerdings in auffallendem Widerspruch, daß im Konkurs des Sicherungsgebers dem Sicherungsnehmer nicht ein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsrecht zugestanden wird [1]. Das Widerspruchsrecht findet seine Rechtfertigung darin, daß dieses fiduziarische Rechtsverhältnis im Interesse des Sicherungsnehmers eingegangen wurde (Stein-Jonas). Bis zur Tilgung der gesicherten Forderung steht dem Sicherungseigentümer eine Anwartschaft auf Befriedigung aus dem übereigneten Gegenstand zu, solange gehört der Gegenstand zu seinem Vermögen, solange hat der Sicherungsnehmer ein eigenes rechtliches Interesse an der Widerspruchsklage.

Nicht so klar liegen die Verhältnisse für den Vergleichstreuhänder. In der Regel kann das Treugut nicht zu seinem Vermögen gerechnet werden. Er ist in der Verwertung an den Auftrag gebunden, sein Vermögen hat keine Vermehrung erfahren. Eine in der Rechtsprechung [2] und von Stein-Jonas vertretene Ansicht sieht als Vermögensinhaber und wirtschaftlichen Eigentümer mangels eines eigenen Interesses des Treuhänders den Liquidationsschuldner an. Aus diesem Grunde sei dem Liquidationstreuhänder das Interventionsrecht zu versagen. Im übrigen ist die Frage in der Rechtsprechung der höheren Gerichte offenbar nicht viel behandelt worden.

Der Liquidationstreuhänder hat, das ist richtig, kein eigenes sachliches Interesse an dem ihm übertragenen Vermögen. Er hat aber auch nicht einseitig die Interessen des Schuldners wahrzunehmen, so daß er lediglich als dessen Vermögensverwalter betrachtet werden könnte. Wie wir oben gesehen haben, steht er als Mittelsmann zwischen den Parteien. Auch die Interessen der Gläubiger gegenüber dem Schuldner sind ihm anvertraut. Wenn man

[1]) Schon Hellwig, Gläubigernot, Schriften d. Ver. f. Recht u. Wirtschaft, I 3, 1912 S. 154, fordert, daß die Sicherungsübereignung genau wie ein Pfandrecht behandelt werde, d. h. dem Sicherungsnehmer solle nicht ein Widerspruchsrecht, sondern nur das Recht auf bevorzugte Befriedigung nach § 805 ZPO. aus dem Erlös zustehen. So neuerdings RFin.H. **19** 126, Wolff JW. 1930, **1473.** Dagegen hält das RG. in **124** 73 ausdrücklich an seiner Rechtspr. fest. Bedenken gegen die Anwendung des § 805 ZPO. im Falle der Sicherungsübereignung wurden bereits von Rud. Schultz, Kritische Vierteljahresschrift, **1913**, 481, erhoben

[2]) LG. Münster JW. **1931,** 1140 = **1930,** 3303, OLG. Köln JW. **1932** 758, OLG. Dresden KuTr. **1929,** 27, Scholtz JW. **1930,** 3708, Krückmann JW. **1930,** 3710.

ihm statt eines bloßen obligatorischen Verwaltungsrechts das Vermögen dinglich übertragen hat, so steckt darin der Gedanke der Sicherungsübereignung. Gesichert sollen die Vergleichsgläubiger als die Drittbetreuten werden. Es entspräche also einer wirklich wirtschaftlichen Betrachtungsweise hier die Gläubiger und den Treuhänder als zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen zu betrachten und den Fall genau so, wie die reine Sicherungsübereignung zu behandeln, d. h. dem Treuhänder zu Gunsten der Gläubiger ein Widerspruchsrecht zu geben. Eine andere Entscheidung denkt den Gedanken des wirtschaftlichen Eigentums nicht folgerichtig zu Ende, denn es ist Formalismus dem doppelseitigen Treuhänder ein Widerspruchrecht zu versagen, weil er kein eigenes sachliches Interesse habe. Diese negative Feststellung kann nicht genügen die juristisch einwandfreie Eigentumsstellung des Treuhänders zu schwächen. Sie müßte durch die zutreffende positive Behauptung, daß das Treugut zum Schuldnervermögen gehöre, unterstützt sein. Dies läßt sich aber für den Liqudationstreuhandvergleich mit dinglicher Sicherung nicht behaupten, ganz besonders nicht, wenn der Schuldner keinen Uebererlös erwartet und die Verteilung restlos an die Gläubiger durchgeführt werden soll. Gelangt eine feste Quote zur Verteilung und fällt der Uebererlös an den Schuldner, dann ist die Lage genau der Sicherungsübereignung entsprechend, dem Treuhänder nach der Rechtsprechung zu letzterer der Widerspruch einzuräumen oder § 805 ZPO. anzuwenden.

Der eigentliche Hintergrund für die Entscheidung über das Widerspruchsrecht ist rechtspolitischer Natur. Mit dem Widerspruchsrecht des Treuhänders erlangen die Beteiligten und der Schuldner die Macht, den Widersprechenden eine Art Privatkonkurs aufzuzwingen, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sperren. Die Möglichkeiten zu unlauteren Machenschaften sind nicht von der Hand zu weisen, und gerade hier bei der Vermögensabwicklung machen sich häufig unzuverlässige Treuhänder an den gefährdeten Schuldner heran oder werden von den beteiligten Gläubigern Sondervorteile verfolgt. Meist ist es sehr schwierig für den an den Verhandlungen nicht von vorneherein beteiligten Außenseiter, ein Bild von den Wirkungen der Liquaditionsvereinbarungen zu bekommen, die unter Umständen äußerst verwickelt und unübersichtlich sind. Aus diesem Mißtrauen heraus wird in dem Ausschluß der Widerspruchsklage ein willkommener Damm gegen die Treuhandliquidationsverträge überhaupt gesehen. Diese Verträge seien nicht zu begünstigen [1]). Anderseits hat sich der Liqui-

[1]) Scholtz JW. 1930, 3708, Krückmann JW. 1930, 3710, Carstens JW. 1931, 2183.

dationstreuhandvergleich im Rechtsleben bereits seinen Platz erobert. Ein Schuldner hat grundsätzlich die Freiheit über sein Vermögen nach Belieben zu verfügen. Verfügt er zugunsten einer bestimmten Gläubigergruppe, die wohl immer auch die Mehrheit ausmacht, so stehen den übrigen Gläubigern die speziellen Rechtsbehelfe der Gläubigeranfechtung, des Konkursantrags und der Konkursanfechtung zur Verfügung. Das Gericht kann im Streitfall durch Sachverständige — als solche stehen in Zukunft die vereidigten Wirtschaftsprüfer zur Verfügung — feststellen lassen, ob der Treuhandvertrag wirklich eine Benachteiligung der nichtbeigetretenen Gläubiger bedeutet. Der ordentliche Treuhandvertrag bietet auch den nichtbeigetretenen Gläubigern anteilsmäßige Befriedigung an. Durch das Interventionsrecht wird also nur die volle Befriedigung, die der Außenseiter auch nicht im Konkurs erreichen könnte, verhindert.

Krückmann, der die Anwendung des § 771 ZPO. ablehnt, weil das private Konkursverfahren nicht wie das amtliche privilegiert werden dürfe, gibt trotzdem gleichzeitig eine Rechtfertigung des außergerichtlichen Vergleichs und zwar speziell der Verweigerung der vollen Leistung an den nicht zustimmenden Gläubiger. Er verweist zu diesem Zweck auf den „Zuckerrübensamenprozeß“ [1]) u. ä.

Der Sachverhalt war in der genannten Entscheidung der folgende. Der Verkäufer einer nur von ihm angebauten bestimmten Gattung Zuckerrübensamens war wegen schlechter Ernte, die er bei Annahme der Bestellungen von seiten seiner Kunden keinesfalls hatte voraussehen können, nicht in der Lage, die verkauften Mengen zu liefern. Er beschloß alle Käufer zu beliefern, jeden aber in seinem Anteil verhältnismäßig zu kürzen. Das Reichsgericht billigte sein Verfahren, als ein Käufer gegen ihn Klage auf volle vertragsmäßige Leistung erhoben hatte. Die Entscheidung nahm eine Interessengemeinschaft aller Käufer an, weshalb der Schuldner nicht mehr tun konnte, als die vorhandene Menge anderweitig nicht zu beschaffenden Samens der Gesamtheit der Käufer zur Verfügung zu stellen zur anteilsmäßigen Verteilung. Die anderen Käufer hätten von dem Verkäufer verlangen können, daß er bei der Verteilung nach Recht und Billigkeit verfuhr, also gleichmäßig. Der Grundgedanke dieser Entscheidung ist offenbar der, daß von dieser ganzen Anzahl gleichartiger Kaufverträge keiner für sich allein besteht, sondern in seinem rechtlichen Schicksal unmittelbar verknüpft ist mit demjenigen der anderen Verträge, in deren Reihe er sich eingegliedert hat. Weil tatsächlich von vorneherein die Erfüllung

---

[1]) RGZ. 84, 125.

eines jeden Kaufvertrages in gleicher Weise gefährdet war, soll auch jeder Käufer rechtlich zu seinem Teil den Verlust tragen müssen. Ganz ähnlich ist auch in der berühmten Betriebsrisikoentscheidung RGZ. 106, 272 im Hinblick auf die Gefahrtragung eine Einheit zwischen den Arbeitnehmern untereinander und mit dem Unternehmer angenommen worden.

Krückmann stimmt dem Ergebnis zu, lehnt es aber ab, daß die anderen Gläubiger irgendwelche Ansprüche auf gleichmäßige Befriedigung aller hätten, daß eine Interessengemeinschaft bestehe. Der Schuldner sei aber berechtigt die Einrede aus fremdem Interesse vorzubringen, er könne mit Rücksicht auf die anderen Gläubiger die volle Befriedigung eines Käufers verweigern. Wende man diese Gedanken auf den a.g. Vergleich an, dann könne der Schuldner geltend machen, der außer der Reihe pfändende Gläubiger solle sich dem in Gang befindlichen Verteilungsverfahren anschließen oder Konkurs beantragen, die volle Befriedigung könne er nicht verlangen. Genau betrachtet richtet sich dieser Einwand dann nicht mehr gegen die Vollstreckung in ein nicht dem Schuldner gehörendes Vermögensstück, sondern gegen den der Vollstreckung zugrunde liegenden Anspruch. Das Interesse der andern Gläubiger an einer gleichmäßigen Verteilung der Masse wird so hoch eingeschätzt, daß dadurch der Anspruch des einzelnen Gläubigers selbst vermindert wird. Nicht die Interventionsklage, sondern die Vollstreckungsgegenklage wäre zu erheben. Allerdings liegen die Verhältnisse im Zuckerrübensamenfall wesentlich einfacher, als beim Liquidationsvergleich. Vor allem ist bei ersterem ein konkurrierendes Interesse des Schuldners selbst nicht wahrzunehmen, weshalb man die Einrede aus dem fremden Interesse ruhig in seine Hand geben kann. Ferner ist die Sachlage bei der Lieferung aus der beschränkten Gattung eindeutig und klar, während der Liquidationsschuldner oder Treuhänder auf den unbestimmten Erfolg oder doch auf die irgendwie im Verhandlungsweg festgesetzte Quote verweisen muß. Der in der RG.Entscheidung steckende Gedanke wird deshalb nur mit Vorsicht auf unseren Fall ausgedehnt werden können.

II. Haftung des Liquidationstreuhänders aus § 419 BGB.

Ein Einwand, den der pfändende Gläubiger gegen die Widerspruchsklage des Treuhänders bringen kann, ist der, daß er sich auf die Bestimmung des § 419 BGB. beruft. Darnach haftet der-

jenige, der das Vermögen eines anderen durch Vertrag übernimmt, für die zur Zeit der Uebernahme bestehenden Schulden des Uebergebers neben diesem. Tatsächlich ist dieser Einwand gegen die Widerspruchsklage des Treuhänders der gefährlichste und wird geradezu zur Bekämpfung unlauterer Interventionsprozesse empfohlen [1]). Die Vermögensübernahme braucht, um die Anwendung des § 419 BGB. zu rechtfertigen, nicht ausdrücklich als solche bezeichnet sein. Ebensowenig brauchen restlos alle Vermögensstücke übertragen werden. Es genügt, wenn durch Einzelübertragungsakte annähernd alle Vermögensstücke übereignet worden sind [2]). Daher spielt es auch keine Rolle, ob etwa die Verpflichtung zur Vermögensübernahme wegen Verletzung des § 311 BGB. nichtig gewesen ist oder nicht. § 311 hat ein anderes Anwendungsgebiet als § 419. Ersterer bestimmt Formzwang für die Verpflichtung zur Vermögensübertragung. Die Haftung aus § 419 tritt in jedem Falle ein, in dem tatsächlich fast das ganze Vermögen übertragen worden ist.

Die Frage, die zunächst aufzuwerfen ist, geht dahin, ob die treuhänderische Uebertragung als Uebernahme i. S. des § 419 BGB. gelten kann. Bejahend sprechen sich die meisten Kommentare aus und wenden die genannte Bestimmung auch auf treuhänderische Uebereignungen, insbesondere auf die Sicherungsübereignung an [3]). Der Gläubiger soll seine Befriedigung dort suchen können, wo die ursprüngliche Grundlage seines Kredites geblieben ist. Auf etwaige Gegenleistungen, eine solche wäre hier die Verpflichtung des Treuhänders die Gläubiger wegzufertigen, kommt es nicht an (RGZ. **69**, 288).

Demgegenüber steht die Behauptung, die Vermögensübernahme geschehe im Fall der Liqudationstreuhand nicht mit Wirkung des Vermögensübergangs an den Treuhänder, es handle sich nicht um ein Umsatz und Veräußerungsgeschäft, der Treuhänder wolle das Treugut nicht als eigenes Vermögen erwerben [4]). § 419 gelte nur in den Fällen, in denen der Uebernehmer das Vermögen im eigenen

---

[1]) Behrend, Recht **1917**, 330.

[2]) Ausführlich RGZ. **65**, 171; **69**, 416 u. alle Kommentare.

[3]) RGRK. § 419 N. 1 Staud. 9. Aufl. S. 889, Warneyer § 419, Planck A. 1 S. 419, RG. JW. 1912, 347 Nr. 12, OLG. **29**, 192; **40**, 104; **45** 138.

[4]) so Emmerich. S. 115, Grünschild S. 32, 44, Bovensiepen HWB. d. RWB. „Treuhand u. Treuhandgeschäfte", Merkel JW. **1930**, 1344, auch Soergl BGB. 1919 § 419 A. 2 a. E. schließt sich dieser Auffassung an und meint, der nicht beteiligte Gläubiger sei auf Pfändung der Rechte des Schuldners aus dem Treuhandvertrag angewiesen.

Interesse übernimmt und in denen der Haftungszusammenhang zwischen Vermögen und Schulden aufgehoben wird. Diese Voraussetzungen seien beim Liquidationstreuhandvertrag nicht erfüllt, denn der Liquidationstreuhänder übernehme das Treugut lediglich zu dem Zwecke, es zu Gunsten der Gläubiger zu verwerten und aus dem Erlös die Gläubiger zu befriedigen[1]) Die Haftung des § 419 BGB. sei letzten Endes darin gerechtfertigt, daß derjenige, der die Vorteile des übernommenen Vermögens genieße, auch die Lasten tragen müsse. Nachdem der Treuhänder keinen Vorteil aus dem übernommenen Treugut habe, müsse auch die Haftung für die Schulden entfallen[2]). Die oben angeführten RG.Entscheidungen, mit der Begründung, daß dort, wo das für den Kredit maßgebende Vermögen geblieben sei, der Gläubiger seine Befriedigung finden müsse, lassen mit Recht durchblicken, daß die Haftung aus § 419 BGB. mehr als eine solche dinglicher Natur aufzufassen ist. Nicht der Uebernehmer haftet eigentlich, sondern das Vermögen haftet, wohin und unter welchen Bedingungen es auch übertragen worden sein mag; das Gesetz beschränkt demnach die dort zunächst persönlich gestaltete Haftung auf den übernommenen Vermögensteil. Kann der Treuhänder keine Nachteile aus der Haftung haben, so kommt es auch nicht darauf an, ob er irgend welche Vorteile aus der Vermögensübernahme hat (§ 419 II BGB.).

Gehen wir, wie auch ein Teil der Rechtsprechung[3]) von der Anwendbarkeit des § 419 BGB. auch für die Fälle treuhänderischer Uebertragung von Vermögen aus, dann wird also der pfändende Gläubiger der Interventionsklage des Treuhänders mit dem Hinweis auf die Haftung zu begegnen suchen. Mit diesem Einwand wäre er materiellrechtlich — abgesehen von dem unten zu erörternden Gesichtspunkt — auch ohne weiteres zuzulassen[4]). Mit Recht werden aber prozeßrechtliche Bedenken dagegen erhoben, daß man diesen Einwand im Interventionsprozeß ohne Einschränkung solle durchdringen lassen[5]).

Der Interventionskläger tritt auf mit der Behauptung, es seien *seine* Gegenstände für eine Forderung des Schuldners gepfändet worden. Wenn irgendwo, dann muß hier, wo es sich um die Zulässigkeit der Vollstreckung handelt, zunächst die formelle Rechtslage entscheidend sein. Selbst wenn eine *Haftung* des übernommenen

[1]) Reimer ZZP. **57,** 128.
[2]) Bauer, S. 59.
[3]) OLG. Kiel **29,** 192; Hamburg, **45,** 138, JW. **1927,** 2539.
[4]) RG. JW. **1912,** 347 läßt den Einwand ohne weiteres zu.
[5]) Reichel ZZP. **52,** 206.

Vermögens besteht, darf nicht ohne weiteres aus einer gegen den Schuldner gerichteten vollstreckbaren Ausfertigung in das juristisch nun einmal dem Treuhänder gehörende Gut vollstreckt werden. Will der Gläubiger seine Rechte aus § 419 durchsetzen, dann kann er das nicht im Weg der Einrede gegen die Interventionsklage, sondern er muß sich erst eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Treuhänder verschaffen (§§ 729, 727 ZPO)[1]).

§ 419 II BGB. beschränkt die Haftung des Uebernehmers auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Beruft sich der Treuhänder auf die Beschränkung seiner Haftung, dann finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 BGB. entsprechende Anwendung. Um die folgenden Ueberlegungen klarer erkennen zu lassen, gehen wir wiederum von dem einfachen Fall der Sicherungsübereignung aus[2]). An einen Gläubiger sei das gesamte Vermögen zu seiner Sicherung übereignet. Nach § 1991 II BGB. gilt die Forderung des Sicherungsnehmers nicht als erloschen. Er hat die zu sichernde Forderung gegen die verselbständigt gedachte, übernommene Vermögensmasse, er ist selbst Gläubiger dieser Vermögensmasse im Sinne von § 419 BGB. § 1991 III BGB. lautet: Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung, d. h. die Haftung des Uebernehmers beschränkt sich auf das übernommene Vermögen abzüglich der rechtskräftig festgestellten Forderungen. Wie allgemein anerkannt[3]) stehen die eigenen Forderungen des Uebernehmers (§ 1991 II) ohne weiteres den rechtskräftig festgestellten Forderungen gleich, weil der Uebernehmer nicht selbst gegen sich als den Inhaber der übernommenen Vermögensmasse klagen kann. Er kann deshalb die Herausgabe des übertragenen Vermögens zur Gläubigerbefriedigung insoweit verweigern, als es zur Befriedigung seiner eigenen Forderungen nötig ist. „Dadurch wird zwar der Uebernehmer gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugt, allein das Gesetz hat keine konkursmäßige Befriedigung der Gläubiger gewollt, sondern dem zuerst zugreifenden Gläubiger ein Vorrecht eingeräumt, das ist aber hier gerade der Sicherungsnehmer.“ (RG. Warn.R. **1914**, 213).

Der Treuhänder hat das Vermögen zur Sicherung der Gesamtheit der Gläubiger übernommen. Die Forderungen der Gläubiger

---

[1]) so auch OLG. Düsseldorf JW. **1932**, 197.

[2]) hiezu Boschan, Recht **1912**, 425.

[3]) RGRK. § 1991 A. 2, 3, Staud. A. II, B. 3 S. 269, Warneyer Komm. § 1991, Planck § 1991 A. 1 d β, RGZ. 82, 278, RG. JW. **1913**, 188.

gegen den Schuldner stehen ihm nicht zu, die Einzelansprüche der Gläubiger sind dem Treuhänder in der Regel nicht übertragen. Auch stillschweigende Abtretung kann nicht aus dem Zweck des Vergleiches und des Treuhandvertrages ohne weiteres gefolgert werden [1]). Eine solche Uebertragung ist nicht nötig, da der Treuhänder bereits aus dem Treuhandvertrag und dem Vergleich die Rechte der Gläubiger gegen den Schuldner wahrnehmen kann. Der Rechtsvorgang entspricht eher einer Schuldübernahme durch den Treuhänder. Aber auch ohne solche Uebertragung sind Treuhänder und Gläubiger zu einer Person verschmolzen. Die Sicherung in der Hand des Treuhänders ist für die Forderungen der Gläubiger bestellt. Es ist dies einfacher, als jeden Gläubiger einzeln zu sichern; die Gesamtheit der Gläubiger ermangelt der Rechtsfähigkeit und es ist schon deshalb Einschaltung eines Treuhänders nötig. Es ist nur folgerichtig den Fall wie die reine Sicherungsübereignung zu behandeln und für die Forderungen der Gläubiger, soweit sie aus dem Vergleich befriedigt werden sollen, ein Vorzugsrecht einzuräumen. Der Treuhänder haftet dann den Außenseitern für die volle Erfüllung nur soweit das übernommene Vermögen die gesicherten Forderungen übersteigt.

III. **Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Treuhandliquidationsvergleichs.**

Der gerichtliche Zwangsvergleich wird nach seiner Annahme durch die Gläubigermehrheit vom Gericht noch ausdrücklich bestätigt. Er wird dadurch weitgehend jeder Anfechtungsmöglichkeit durch die beteiligten Gläubiger entrückt. Diese beschränkt sich auf die Fälle der §§ 76 77 Vgl.O., wonach der Vergleich unwirksam ist bei Eidesverletzungen und betrügerischen Bankerott des Schuldners, anfechtbar bei Betrug. Alle anderen Mängel des Verfahrens und der abgegebenen Willenserklärungen werden geheilt. Damit ist auch den nichtbeteiligten Gläubigern verwehrt nach Abschluß des gerichtlichen Vergleichs den Einwand der Nichtigkeit aus § 138 BGB. zu bringen. Die Nichtigkeitsgründe sind in §§ 76, 77 VO. erschöpfend aufgezählt. Zum Ausgleich gibt die VO. den nichtbeteiligten Gläubigern in einer Reihe von Vorschriften die Möglichkeit ihre Bedenken im Verfahren selbst vorzubringen: Sie haben das Recht im Vergleichs-

[1]) so Siller, Gruchots Beitr. **71**, 189.

termin zu erscheinen und sind dort auf ihren Antrag zu hören (§ 59 Satz 2 VO.). Geladen werden sie allerdings nicht; sie erfahren von dem Termin lediglich aus der öffentlichen Bekanntmachung des § 27 VO. Stimmrecht haben sie keines. Teilnehmen können die nichtbeteiligten Gläubiger auch an der Gläubigerversammlung des § 9 VO., falls das Gericht im vorbereitenden Verfahren eine solche einberuft. Ebenso haben sie das Recht der Akteneinsicht nach § 13 VO.

Dem außergerichtlichen Liquidationsvergleich wird als Nichtigkeitsgrund zuerst entgegengehalten, die Rechtsordnung habe für die Abwicklung solcher Gläubigerkonkurrenzen das Konkurs- und das Vergleichsverfahren allein zur Verfügung gestellt. Die Zulässigkeit des außergerichtlichen Liquidationstreuhandvergleichs wurde bereits oben S. 11 festgestellt.

Ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, muß nach seinem aus der Zusammenfassung von Beweggrund, Inhalt und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter beurteilt werden (RGZ. **89**, 221). Dabei ist maßgebend das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Im Einzelfall entscheidet richterliches Ermessen über die Frage. Allgemein lassen sich nur gewisse Gesichtspunkte herausstellen. Es kann vom Standpunkt kaufmännischer Moral aus gesehen anstößig sein, daß ein Schuldner sich durch Uebertragung seiner gesamten Aktiven an einen Treuhänder unpfändbar machen will, um damit einen Druck auf die einem Abkommen widerstrebenden Gläubiger auszuüben [1]). Die Rechtsordnung hält auch grundsätzlich jedem Gläubiger den Zugriff auf das gesamte Vermögen des Schuldners offen. Allein, wenn diese Möglichkeit in der Absicht verschlossen wird, alle Gläubiger, auch die nichtzustimmenden, gleichmäßig zu befriedigen und der Inhalt des Vertrags und die Person des Treuhänders eine Gewähr für die Ehrlichkeit dieser Bestrebungen geben, dann ist die Vollstreckungssperre nicht aus § 138 BGB. anzugreifen [2]). Es müßten andere Gründe hinzutreten: Benachteiligungsabsicht für die nichtbeitretenden Gläubiger, übermäßiger Gewinn für den Treuhänder oder Bilanzverschleierung und ähnliches, die dann für eine Nichtigkeit den Ausschlag geben [3]).

Für die nichtbeteiligten Neugläubiger (das sind solche Gläubiger, die ihre Forderungen erst nach Abschluß des Vergleiches er-

[1]) Brändl, LZ. **1930**, 153 führt eine vom Berufungsgericht bestätigte Entsch. des AG. Berlin Mitte an, wonach dieser beabsichtigte Druck allein den Vertrag nach § 138 BGB. nichtig machen soll.

[2]) vgl. RG. LZ. **1913**, 2172.

[3]) RG. JW. **1931**, 2135.

worben haben) spielt die Nichtigkeit des Treuhandvertrages als sog. Kredittäuschungsvertrag noch eine Rolle. Dieser Gesichtspunkt kommt in Frage, wenn der konkursreife Schuldner sämtliche nennenswerten Teile seines Vermögens an einen Dritten überträgt, aber gleichwohl selbst den Geschäftsbetrieb weiterführt, ohne daß die Uebereignungen und Verpfändungen im Geschäftsverkehr erkennbar wären, der Schuldner also weiterhin kreditwürdig erscheint. Die Rechtsprechung des RG. hat solche Tatbestände zu typischen erhoben, deren Vorliegen stets die Nichtigkeit der betreffenden Uebereignungsgeschäfte nach sich zieht [1]). Der Schuldner darf nicht zum Zwecke der Sicherung alle wesentlichen Aktivwerte seines Vermögens übereignen derart, daß für ihn nur noch der trügerische Schein einer Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit übrigbleibt.

Die ordentliche Treuhandübereignung im Liquidationsvergleich oder zu Sanierungszwecken geschieht in der Regel nicht heimlich. Schon allein durch die Rundschreiben werden nicht nur die in Betracht kommenden Gläubiger, sondern auch die sonst für zukünftige Geschäfte mit dem Schuldner interessierten Kreise von den Vorgängen Kenntnis erhalten können. Eine Absicht des Schuldners etwaige Neugläubiger zu täuschen, wird sich meist nicht nachweisen lassen, die Maßnahmen sind nicht geeignet eine Täuschung hervorzurufen. Wird das Geschäft, nachdem die Aktiven an den Treuhänder übereignet sind, durch den Schuldner selbst weitergeführt, so geschieht das in der Regel für Rechnung des Treuhänders oder Sicherungsnehmers. Der Schuldner ist nur mehr Geschäftsführer. Der Treuhänder will sich den Neugläubigern gegenüber auch gar nicht der Haftung entziehen und haftet dann tatsächlich sogar persönlich mit seinem ganzen Vermögen, da eine gesetzliche Beschränkung der Haftung bei Geschäften für Rechnung des Treugutes nicht eintritt [2]). So hält der Liquidationstreuhandvertrag diesen Angriffen im allgemeinen stand. Eine ganz entfernte Möglichkeit des Eintritts einer Gläubigerschädigung darf nicht dazu führen den Vertrag als sittenwidrig anzusehen [3]).

Hat eine Zwangsvollstreckung des nichtbeteiligten Gläubigers nicht zum Ziele geführt, weil sich der Schuldner seines Vermögens an den Treuhänder entäußert hat und diesem ein Interventionsrecht zugesprochen wird, dann ist es für den Gläubiger naheliegend auf

---

[1]) RGZ. **127**, 34, **85**, 343, **77**, 210, bes. Warn.R. **1916**, Nr. 271, **1926** Nr. 84. **1929**, Nr. 74.

[2]) Für solche Beschränkung F r i e d m a n n in seinem Gutachten S. 1027.

[3]) OLG. Stuttgart JW. **1931**, 2173.

das Anfechtungsgesetz zurückzugreifen. Es kommen davon nur die Bestimmungen der §§ 2 u. 3 Nr. 1 in Frage. § 3 Nr. 3 ist nicht in Betracht zu ziehen. Die Treuhandverfügung ist nicht unentgeltlich. Es fehlt allerdings ein Austausch von Leistung und Gegenleistung; aber der Vermögensbestand des Schuldners wird nicht verändert, weil es der Treuhänder übernimmt die Gläubiger wegzufertigen und einen etwaigen Ueberschuß zurückzugeben. Durch die Sicherstellung ihrer unzweifelhaft bestehenden Ansprüche werden die Gläubiger nicht bereichert, sie können nicht mehr erhalten, als ihnen zukommt [1]).

Im allgemeinen hat der einzelne Gläubiger ein Recht zur Zwangsvollstreckung in das gesamte Schuldnervermögen. Seine Lage wird demnach durch die Treuhandverfügung verschlechtert. In den meisten Fällen wäre aber beim Scheitern des außergerichtlichen Vergleichs der Konkurs eröffnet worden, der die Befriedigung der Gläubiger auf ganz ähnlicher Basis vorsieht, wie ein a l l e Gläubiger (auch die nicht zustimmenden) berücksichtigender Treuhandvergleich, ja, gewöhnlich eine schlechtere Quote verspricht. Die Vereinbarung mit dem konkursreifen Schuldner wird die Gläubiger somit nicht in Nachteil setzen [2]). „Daß ihm (theoretisch) ein Recht auf vollständige Befriedigung zustand, und er diese, falls es nicht zum Konkursverfahren gekommen wäre, ohne den angefochteten Vertrag und das Dazwischenkommen anderer Gläubiger vielleicht hätte erreichen können, genügt nicht zur Begründung der Anfechtungsklage" (RG. **39**, 94). Es ist nicht erforderlich, daß der Konkurs unbedingt droht, und es braucht nicht bewiesen werden, daß durch den Konkurs keine bessere Befriedigung erreicht werden könne [3]).

§ 3 Nr. 1 Anfechtungsgesetz erfordert subjektiv mindestens Eventualdolus. Dieser muß aber bereits verneint werden, wenn der Gegenstand des Vertrages eine ernste vorbeugende Sanierung ist [4]), bei der die Interessen aller Gläubiger genügend gewahrt sind, sei es, daß ihnen allen ein Anspruch auf Berücksichtigung bei den Verteilungen aus dem Erlös zustehen soll, sei es daß dem Betriebe neue Mittel zugeführt wurden, die dem Wert der der Pfändung entzogenen Gegenstände entsprechen (JW. 1931, 2173).

Während der Vergleichsverhandlungen wird der Schuldner regelmäßig seine Zahlungen eingestellt haben. Im kommenden Kon-

[1]) Sydow-Busch Anfechtungsges. § 3 N. 17, RG. **22**, 271; **29**, 209; JW. **1897**, 633.

[2]) RG. **39**, 89; Gr. **49, 1115**.

[3]) Brändl LZ. **1930**, 157; RG. LZ. **1913**, 158; RG.Gr. **49**, 118.

[4]) RG. LZ. **1913**, 158; JW. **1931**, 2173.

kurs würde eine vorgenommene Pfändung der Anfechtung nach § 30 N. 1 KO. Abs. 2 und N. 2 KO. unterliegen; auch aus diesem Grunde sind die Gläubiger durch die Vollstreckungssperre meist nicht benachteiligt.

In letzter Zeit beginnt der Schuldner häufig die Vergleichsverhandlungen damit, daß er sein Vermögen einem Treuhänder übereignet und dieser sich dann erst mit den Gläubigern zu verständigen sucht. Kommt ein Akkord zustande, dann wird der Treuhandvertrag nachträglich durch den Vergleich gerechtfertigt, und die Rechtslage ist dieselbe, wie im behandelten Normalfall. Kommt der Vergleich nicht zustande, so hat sich gezeigt, daß die Liquidation für die Gläubiger abträglich ist. Es darf kein weiterer Druck auf sie ausgeübt werden. Die Treuhandverfügung kann dann nach dem Anf.ges. angefochten werden, denn Schuldner und Treuhänder mußten bei Abschluß des Treuhandvertrages mit dem Nichtzustandekommen rechnen und mit der eventuellen Benachteiligung der Gläubiger durch die nunmehr ungerechtfertigte Vollstreckungssperre. In der Zeitspanne jedoch, bis sich herausgestellt hat, ob der Vergleich zustandekommt oder scheitert, ist die Treuhandverfügung wirksam, wenn sich nicht von vorneherein eine Benachteiligungsabsicht nachweisen läßt.

Auf die nichtbeteiligten Gläubiger wird also letzten Endes ein nicht unbedeutender Druck zum Beitritt zum außergerichtlichen Liquidationstreuhandvergleich ausgeübt. Sie haben in der Regel — abgesehen vom Konkursantrag — keine Möglichkeit das Zustandekommen des Vertrags zu hindern oder sich volle Sonderbefriedigung zu verschaffen. Wenn auch der Beitritt ihnen keine bessere Befriedigung zu versprechen pflegt als sie ihnen auch ohnedies aus dem Vergleich zufallen müßte, so erlangen sie doch durch den Beitritt einen weitergehenden Einfluß und Einblick in die Verhandlungen.

Gerechtfertigt wird der ausgeübte Druck dadurch, daß sich der Liquidationstreuhandvergleich auf konkursähnlicher Grundlage als typischer Rechtsvorgang im Verkehr durchgesetzt hat, da offenbar ein Bedürfnis für eine derartige Vermögensabwicklung besteht. Der ordentliche Liquidationsvergleich bietet beiden Teilen, Schuldner sowie Gläubigern, entsprechende wirtschaftliche Vorteile gegenüber dem Konkurs. Im Einzelfall wird es dem Gericht möglich sein eventuell mit Hilfe von Sachverständigen unlauteren Machenschaften zu begegnen.

F. Der nachfolgende Konkurs des Schuldners.

Auch nach Abschluß des Vergleichs und des Treuhandvertrages ist es der Schuldner, der für die Erfüllung des Vergleiches in erster Linie haftet. Der Treuhänder haftet wohl daneben, aber unr mit Beschränkung auf die übertragene Vermögensmasse. Eine solche Beschränkung liegt stillschweigend in der ganzen Abmachung. Zulässig sind solche Beschränkungen ohne weiteres, denn die Vorschriften über Haftung sind nachgiebigen Rechts.

Wird nun der Vergleich nicht erfüllt, dann kann es nachträglich eben wegen dieser Vergleichsforderungen doch noch zum Konkurs kommen. Selbstverständlich können, wie schon wiederholt erwähnt wurde, u. U. nicht am Vergleich beteiligte Gläubiger, oder solche Gläubiger, die ihre Forderungen erst nach dem Abschluß des Vergleichs erworben haben (Neugläubiger) den Konkurs betreiben. Ein Sonderkonkurs über die Treugutmasse ist nicht möglich. Hat der Schuldner die Nichterfüllung des Vergleichs zu vertreten, dann haben die Gläubiger ohnedies nach allgemeinen Regeln das Rücktrittsrecht vom Vergleich, d. h. sie können dann ihre Forderungen voll gegen den Schuldner geltend machen und den Konkursantrag stellen (§ 325 BGB.). Hat der Schuldner die Nichterfüllung nicht zu vertreten, dann verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung, § 323 Abs. III BGB., was hier soviel heißen muß, daß die Gläubiger ebenfalls ihren teilweisen Verzicht widerrufen können und Konkursantrag stellen können [1]). Für den gerichtlichen Vergleich ist das Wiederaufleben der Forderungen zu voller Höhe überdies in § 7 der VO. ausdrücklich festgesetzt.

Es handelt sich also hier, um das noch einmal ausdrücklich festzustellen, nicht um den sogenannten „Anschlußkonkurs" der Vergleichsordnung, der dann erfolgt, wenn das eingeleitete Vergleichsverfahren nicht mit dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs enden kann, weil etwa die erforderliche Mehrheit nicht erreicht wird. Die Vergleichsordnung trifft für diesen Fall ausdrückliche Bestimmungen, wie das Vergleichsverfahren in das Konkursverfahren überzuleiten sei. Ueber den hier betrachteten nachfolgenden Konkurs, der also erst eintritt, wenn die Vergleichsverhandlungen abgeschlossen

[1]) Emmerich S. 138 meint beim Liquidationsvergleich bleibe auch im Konkurs die Beschränkung der Forderungen bestehen. dies erfordere beim L'vgl. ohne feste Quote Feststellung der voraussichtlich zu erzielenden Quote. Letztere sei bei Bemessung der Höhe der einzelnen Forderungen zu Grunde zu legen.

sind und zu einem positiven Erfolg geführt haben, fehlt es an jeder gesetzlichen Regelung.

Im Mittelpunkt aller Erörterungen über diesen nachfolgenden Konkurs steht die Frage darnach, wie der Vergleich und der Treuhandvertrag von dem nachfolgendem Konkurs beeinflußt werden. Wie stehen nun der Konkursverwalter und der Treuhänder zueinander, gehört das Treugut in die Konkursmasse, bestehen Ab- oder Aussonderungsrechte?

Merkel II[1]), der dem Treuhänder ein dingliches Verwaltungsrecht am Treugut gibt, löst die Frage damit, daß er behauptet, das Verwaltungsrecht des Konkursverwalters ginge dem des Treuhänders vor; letzterer habe demnach das Treugut zur Konkursmasse zurückzugeben. Damit wird bereits die mehr rechtspolitische Frage berührt, ob grundsätzlich der Konkurs einen Vorrang vor jeder vergleichsweisen Regelung haben soll, ob durch den nachfolgenden Konkurs die ganze auf Grund des Vergleichs in Gang gebrachte Abwicklung unterbrochen werden muß. Selbst wenn man einen Primat des Konkurses grundsätzlich anzuerkennen geneigt ist, wird es doch bedenklich erscheinen den einmal eingearbeiteten Treuhänder ohne weiteres durch den neuernannten Konkursverwalter zu ersetzen und die geleistete Arbeit dadurch vielleicht wertlos zu machen. Schwierigkeiten ergeben sich auch, wenn der Treuhänder schon Quoten verteilt hat, u. U. an die verschiedenen Gläubiger in verschiedener Höhe. Sollen die verteilten Summen auf die Konkursforderungen oder auf die Konkursquoten angerechnet werden? Die ganze Frage ist einigermaßen verwickelt und dementsprechend unter den verschiedensten Gesichtspunkten zu lösen versucht worden.

Rechnet man das Treugut zum Vermögen des Schuldners und betrachtet den Treuhänder nur als formellen Eigentümer, dann schlägt § 23 II KO. ein. Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens erlischt von selbst der Dienstvertrag mit dem Treuhänder, da er sich auf zur Konkursmasse gehöriges Vermögen bezieht. Der Treuhänder hat das übernommene Vermögen an den Konkursverwalter heraus zu geben[2]). (§§ 667, 675 BGB.). Dazu wird als zweiter Erlöschensgrund der Parteiwille herangezogen. Zweck des Treuhandvertrages sei die Konkursabwendung gewesen. Dieser Zweck sei nunmehr nicht mehr zu erreichen. Es sei stillschweigende auflösende Bedingung des Treuhandvertrags gewesen, daß in diesem Fall der Dienstvertrag aufgelöst werde. Nach der strengeren An-

---

1) JW. **1930**, 1431.

2) RG. LZ. **1915**, 218; KG. LZ. **1930**, 269; Grünschild S. 48.

sicht, die offenbar dem Konkurs jeden Vorrang einräumen will, bleibt dann von der ganzen Treuhandvereinbarung überhaupt nichts mehr übrig, d. h. die Vgl.Gläubiger genießen keinerlei Vorzugsrechte, das Treugut wird mit der Konkursmasse vereint und diese dann an alle Gläubiger gleichmäßig verteilt. Rückwirkungen treten nicht ein; soweit bereits Vergleichsquoten verteilt sind, werden diese auf die zu voller Höhe aufgelebten Forderungen angerechnet. Beruht der nachfolgende Konkurs auf derselben Zahlungseinstellung, dann unterliegen die von dem Treuhänder gezahlten Summen der Konkursanfechtung nach § 30 KO.

Nach Kiesow und Mentzel soll zwar der Dienstvertrag des Treuhänders mit dem Schuldner erlöschen, nicht aber sollen gelöst werden die Beziehungen zwischen dem Treuhänder und den Vergleichsgläubigern. Der Treuhänder brauche deshalb das Treugut nicht an die Konkursmasse auszuliefern. Die Rechte der Vergleichsgläubiger gegen den Treuhänder sind aber doch nur obligatorischer Natur, sind also kein absolutes Hindernis, daß der Treuhänder nicht das ihm übertragene Vermögen an den Schuldner zurückgibt. Ist der Treuhänder dem Schuldner gegenüber nicht mehr berechtigt, das Treugut zu behalten, dann ist es ihm von selbst auch unmöglich, eine Verteilung an die Gläubiger vorzunehmen. Er wird ihnen gegenüber von jeder Verpflichtung frei.

Ein anderer Weg, der hier u. E. der richtige ist, kann den sonst zu kurz kommenden Vergleichsgläubigern ein Recht auf abgesonderte Befriedigung retten [1]). Es ist die Analogie zur Sicherungsübereignung. Der Treuhänder ist neben seiner Eigenschaft als Verwalter und Verteiler des ihm übertragenen Vermögens auch für die Gläubiger Sicherungseigentümer. Das Sicherungseigentum gewährt aber, was als feststehendes Ergebnis der Rechtsprechung gelten kann, stets ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Konkurs des Sicherungsgebers [2]). Der Konkursverwalter kann zwar die Herausgabe des Treuguts nach den §§ 23, 127 KO. verlangen, und der Dienstvertrag mit dem Treuhänder wird aufgelöst. Nicht aber wird ohne weiteres auch die Eigentumsübertragung an ihn unwirksam. Sie hat die Wirkung eines Pfandrechts, das der Treuhänder zugunsten der Gläubiger in Anspruch nehmen kann, bis zur Höhe der Vergleichsforderungen ist der Erlös vorweg an den Treuhänder abzuführen, auch wenn der Konkursverwalter die Verwertung nach § 127 KO.

---

[1]) vgl. Lüttger, JW. **1927,** 1345.

[2]) RGZ. **91,** 14; **118,** 209; **124,** 75; Jaeger § 43 A. 11, § 48 A. 12.

selbst vornimmt. Die Ausfallforderung kann dann, wie immer, im Konkurs angemeldet werden (§ 64 KO.).

Beim reinen Liquidationsvergleich ohne feste Quote, also in dem Fall, wo das ganze Treugut restlos zur Verteilung an die Gläubiger bestimmt ist, ist der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Vermögen des Schuldners bereits soweit gelockert, daß man dem Treuhänder weitergehend ein Aussonderungsrecht zugunsten der Gläubiger zubilligen muß [1]).

Eine andere, anscheinend schon etwas einseitig den Konkurs gegenüber dem Vergleich begünstigende, Lösung bieten Jaeger und Bley [2]). Zweck des Vergleiches sei die Abwendung des Konkurses gewesen. Mit der Konkurseröffnung sei die Erreichung dieses Zweckes unmöglich geworden. Vergleich und Treuhandverfügung seien auflösend bedingt gewesen, wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend. Mit der Konkurseröffnung werde daher nicht nur der Vergleich unwirksam, sondern von selbst auch die dinglichen Treuhandverfügungen zu seiner Erfüllung. Das Treugut falle demnach ohne weiteres an den Schuldner, d. h. in die Konkursmasse zurück, Rechte auf abgesonderte Befriedigung könnten nicht mehr geltend gemacht werden. Diese Lösung berührt sich mit der oben dargelegten Auffassung, daß allen Treuhandgeschäften eine Uebertragung zu bedingtem Recht wesentlich sei. Die allgemeinen Bedenken gegen diese Auffassung wurden dort bereits dargelegt. Hier speziell ist darauf hinzuweisen, daß es nach dem Willen der Parteien vermutlich nicht der einzige Zweck des Vergleiches ist den Konkurs abzuwenden, sondern daß daneben auch die Befriedigung der Gläubiger ein vielleicht gleichwertiges Ziel darstellt. Bley will diesen Parteiwillen als unerheblich betrachten, entscheidend sei der Wille des Gesetzes, nämlich der Vgl.O., die als Hauptzweck des Vgleichs die Abwendung des Konkurses bestimme. Es sei die Rechtsordnung, die hier den Parteiwillen in bestimmter Weise ergänze und auslege, diese Auslegung sei sogar auf den außergerichtlichen Vergleich auszudehnen.

Aber selbst im gerichtlichen Vergleich dürfte es den Parteien möglich sein im Vergleichsvertrag außer der Konkursabwendung noch andere Ziele zu verfolgen. Für den Schuldner kann allenfalls noch angenommen werden, es sei ihm in erster Linie um die Abwen-

---

[1]) Emmerich, S. 133, Mentzel, Nachtrag zu § 48, OLG. Dresden KuTr. **1928**, 31.

[2]) Jaeger KuTr. **1926**, 161 ff.; DJZ. **1927**, 1317, KO. § 23 A. 8 Bley, KuTr. **1928**, 1 ff.

dung des Konkurses zu tun gewesen. Nicht gilt dies aber für die Gläubiger, denn ihnen war es doch wohl in der Regel darum zu tun, eine gesicherte Befriedigung zu erlangen. Dafür haben sie auf einen Teil ihrer Rechte verzichtet und kaum wollten sie die in der Treuhandbestellung liegende Sicherung gerade für den Fall des Konkurses unwirksam werden lassen, soll sie doch gerade bei Gefährdung der Vergleichserfüllung wirksam sein[1]). Wollte die Vergl.O. solche Nebenzwecke abschneiden, so würde sie ihren Anwendungsbereich ganz erheblich verringern.

Schumann[2]), der sich grundsätzlich auf den eben dargelegten Standpunkt stellt, unterscheidet noch zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Vergleich. Beim außergerichtlichen Vergleich hätten die Vergleichsparteien von vorneherein damit zu rechnen, daß ein widersprechender Gläubiger den Konkurs herbeiführt und dann die Gefahr der Konkursanfechtung (§ 30 KO.) für den Vergleich und die Treuhandverfügung entsteht. Es entspreche regelmäßig dem Parteiwillen, daß zur Vermeidung der Anfechtung der Vergleich und die Treuhandverfügung als auflösend bedingt betrachtet würden und so mit der Konkurseröffnung von selbst erlöschen. Der gerichtliche Vergleich und damit die auf ihm beruhende Treuhandverfügung seien solcher Anfechtung nicht ausgesetzt, weil nur nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 76, 77 Vgl.O. angreifbar. Das gerichtliche Verfahren gewähre ein einwandfreies Zustandekommen des Vergleichs.

Wie oben ausgeführt worden ist, rechnen die Parteien auch beim außergerichtlichen Vergleich in der Regel mit dem Gelingen des Vergleichs. Der Vergleich soll von vorneherein nur dann zustandekommen, wenn die Außenseiter nicht in der Lage sind den Vertrag ernstlich zu stören, wenn sie also im Zweifel weggefertigt werden können. Es wird deshalb in den meisten Fällen näherliegend sein anzunehmen, daß die Parteien bei Abschluß des Vergleichs nicht an den nachfolgenden Konkurs gedacht haben, vielmehr auf alle Fälle den Vergleich aufrechterhalten wissen wollten und

---

1) OLG. Dresden KuTr. 1928, 30 führt für den gerichtlichen Vergleich aus, das Interesse und demnach wahrscheinlich der Wille der Gl. gehe in erster Linie darauf für ihre Forderungen Sicherungen zu erlangen, nicht aber auf Sanierung des Schuldners. Sie wollen wahrscheinlich ihre Sicherungen nicht für den Fall gerade preisgeben, für den sie gerade gedacht waren. Der durch Opfer erkaufte Vergleich konnte nur durch konkursbeständige Sicherung annehmbar gemacht werden.

2) KuTr. 1927, 177 ff.

es deshalb ruhig abwarten, ob er vom Konkursverwalter mit Erfolg angefochten werden wird, statt daß sie dieser Anfechtung von sich aus entgegenkommen wollten und selbst die Auflösung des Vergleiches wünschen.

Eine andere Unterscheidung ist zu machen, wenn man der Ansicht von Jaeger und Bley folgend die Treuhandverfügung durch den nachfolgenden Konkurs auflösend bedingt ansieht. Es kommt in diesen Fall darauf an, ob der Konkurs auf Altschulden oder Neuschulden beruht. Nur wenn der Konkurs deshalb eintritt, weil der Vergleich nicht erfüllt werden konnte, ist wirklich der Zweck des Vergleichs vereitelt worden. Andernfalls kann der Vergleich noch erfüllt werden. Der Zweck des Vergleichs hat darin bestanden, den durch die vom Vergleich betroffenen Forderungen drohenden Konkurs abzuwenden und nur diesen. Ein Konkurs, der auf Schulden beruht, die erst nach Abschluß des Vergleichs entstanden sind, könne den Vergleich nicht mehr berühren. Der Vergleich wird trotz des Konkurses durchgeführt, und die Vergleichsgläubiger werden aus dem Treugut befriedigt. Diese Lösung bedeutet keine Ungerechtigkeit gegen die Neugläubiger, denen das Treugut vorenthalten wird, so daß u. U., wenn der Schuldner sein ganzes Vermögen zur Liquidation übertragen hat, der Konkurs mangels Masse abgelehnt werden muß. Die Neugläubiger mußten beim Gewähren ihrer Kredite an den Schuldner damit rechnen, daß zu ihrer Befriedigung nicht mehr die bereits dem Treuhänder übereigneten und der Sicherung der Vergleichsgläubiger dienenden Vermögensstücke herangezogen werden können.

Positive Rechtsnormen fehlen. Wie wir schon oben bei Behandlung des Widerspruchsrechts für den Treuhänder (§ 771 ZPO.) ausgeführt haben, kann man das Liquidationstreugut nicht mehr zum Vermögen des Schuldners rechnen, auch dann nicht, wenn voraussichtlich nach Ausschüttung einer festen Quote an die Gläubiger noch ein Rest an den Schuldner zurückgegeben werden wird. Der Liquidationsauftrag entfernt das Treugut weiter aus dem Vermögen des Schuldners, als eine reine Sicherungsübereignung es tun würde, bei der immerhin die Verwertung für den Sicherungsnehmer noch durch die Nichtzahlung der gesicherten Forderung bedingt ist, während die Verwertung für die Vergleichsgläubiger unbedingt erfolgt. Der Theorie des dinglichen Rückfalls, wie sie von Jaeger und Bley vertreten wird, kann man nicht folgen, wenn man nicht doch dem Willen einer Partei, nämlich der der Sicherung erstrebenden Gläubiger Gewalt antun will.

In der Regel würde jeder Treuhandliquidationsvergleich nach den bestehenden Gesetzen dem nachfolgenden Konkurs standhalten können. Die Frage ist nur, ob nicht doch der Konkurs eine grundsätzliche Bevorzugung verdient. Für eine solche sprechen alle Erwägungen, die auch zugunsten der Auflösungs- und Rückfalltheorie anzuführen sind. Wenn es einmal trotz aller Abwendungsversuche doch zum Konkurs kommt, dann mag es erwünscht sein, daß die gesetzlich vorgesehene Lösung den Vorzug erhält, daß die vergleichsweise — ob gerichtlicher oder außergerichtlicher Vergleich ist gleichgültig — zurückstehen muß. Es soll nicht immer der Konkurs mangels Masse abgelehnt werden müssen, weil das gesamte Vermögen einem Treuhänder übereignet worden ist. Es ist gewiß nicht unbedenklich, daß durch den Vergleich durch Parteivereinbarung in großem Umfang Ab- oder Aussonderungsrechte geschaffen werden können. Auf der anderen Seite ist es unzweckmäßig und wirtschaftlich nicht zu verantworten, den Treuhänder abzusetzen, nachdem er sich in sein Amt eingearbeitet hat und vielleicht schon in ausgedehntem Maße mit der Verteilung der Quoten begonnen hat, und die weitere Verwertung dem neuernannten Konkursverwalter zu überlassen.

Der nachfolgende Konkurs verlangt nach einer gesetzlichen Regelung. Für eine solche können etwa folgende Gesichtspunkte herangezogen werden.

Beruht der Konkurs auf Neuschulden, dann wird, wie schon erwähnt, der Vergleich und der Treuhandvertrag überhaupt nicht berührt. Für die Altgläubiger wird der Treuhandliquidationsvertrag durchgeführt, wie vorgesehen. Höchstens ein etwaiger Ueberschuß über eine fest vereinbarte Quote kann an den Schuldner und damit an die Konkursmasse zurückfallen. In der Regel können die Neugläubiger Kenntnis von der geschehenen Uebertragung und damit von der Schmälerung ihrer Kreditbasis haben. Sehen sie sich getäuscht, dann wäre zu prüfen, ob Schuldner oder Treuhänder irgendwie zu dieser Täuschung mitgewirkt haben und das übereignete Treugut aus diesem Grunde den Neugläubigern etwa haftet. Es könnte dies der Fall sein, wenn dem Schuldner verstattet wurde, das vollständig an den Treuhänder übereignete Geschäft noch für eigene Rechnung weiter zu führen u. ä.

Verursachen alte Schulden den Konkurs, dann könnte eine gesetzliche Frist bestimmt werden, die etwa zwischen 3 und 6 Monaten zu wählen ist und vom Vergleichsabschlusse an rechnet. Wird innerhalb dieser Frist der Konkurs beantragt, dann wird so verfahren, als ob der Vergleich überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Die Vergleichsforderungen leben wieder zu voller Höhe auf. Es soll

dann auch eine Art Rückwirkung eintreten, indem schon ausbezahlte Quoten zusammengezählt und zur Konkursmasse gerechnet werden. Dem einzelnen Gläubiger werden die an ihn bezahlten Summen auf die sich nunmehr errechnende Konkursquote angerechnet. Hat er darnach zu viel erhalten, so soll er den Ueberschuß nach den für eine ungerechtfertigte Bereicherung geltenden Regeln wieder herausgeben müssen.

Es ist anzunehmen, daß innerhalb dieser Frist jeder widersprechende Gläubiger Zeit hat, sich über die Wirkungen des Vergleichs zu unterrichten und sich darüber zu entscheiden, ob er den Vergleich dulden will oder nicht. Stellt sich innerhalb dieser Frist bereits die Undurchführbarkeit des Vergleichs heraus, dann ist das ein Zeichen dafür, daß der Vergleich bereits von Anfang an auf schwachen Füßen stand und besser gleich das Konkursverfahren eingeleitet worden wäre. Wird der Konkurs nach Ablauf der Gesetzlich bestimmten Frist beantragt, dann wird die Durchführung des Treuhandliquidationsvergleichs nicht unterbrochen. Die Vergleichsgläubiger werden vergleichsmäßig befriedigt, nehmen am Konkurs nur mit ihrer Ausfallforderung teil. Es ist jedoch dann nicht gerechtfertigt die volle Forderung wieder aufleben zu lassen, auf diese volle Forderung die aus dem Vergleich erlangte Befriedigung anzurechnen und den Rest im Konkurs als gewöhnliche Konkursforderung zu berücksichtigen. Die Vergleichsgläubiger würden in diesem Fall gegenüber nicht am Vergleich beteiligten Konkursgläubigern einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen. Sie hätten die gesicherte Befriedigung aus dem Vergleich, ohne daß ihr Verzicht auf einen Teil der Forderungen wirksam wäre, obwohl dieser Verzicht doch eine Art Gegenleistung für die Einräumung der Sicherung gewesen ist.

Ist eine feste Vergleichsquote vereinbart, dann kann entweder die vergleichsweise Reduzierung der Forderung auch im Konkurs als wirksam betrachtet werden. Mit dem Betrag, der aus der abgesonderten Befriedigung nicht gedeckt wird, wird die Vergleichsforderung zum Konkurse angemeldet. Der andere Weg ist der, daß derejnige Teil der früheren ganzen Forderung, der dem nicht gedeckten Teil der Vergleichsforderung entspricht, wieder auflebt und im Konkurs geltend gemacht werden kann. Ist z. B. die ursprüngliche Forderung gleich 100 gewesen, der Vergleich hat eine Quote von 60 gewährt, aus der abgesonderten Befriedigung hat der Vergleichsgläubiger 45 erlangt (d. h. $3/4$ der Vergleichsforderung, dann kann er noch $1/4$ der ursprünglichen Forderung, nämlich 25 zum Konkurs anmelden.

Die letztere Lösung vermeidet sowohl eine ungerechtfertigte Bevorzugung, als auch eine doppelte Reduzierung der Forderungen der Vergleichsgläubiger und ist deshalb den anderen Lösungen vorzuziehen. Ein volles Aufleben der Vergleichsforderungen ist nur gerechtfertigt, wenn keine dingliche Sicherung gegeben wurde, der Schuldner außer dem Verzicht auf Konkursantrag keine Gegenleistung gegeben hat. Nur in diesem letzteren Fall ist ein Wiederaufleben nach § 7 Vgl.O. gerechtfertigt.

G. Anfechtbarkeit des Treuhandvertrags im nachfolgenden Konkurs, insbes. Behandlung des Treuhänderhonorars.

Schon wiederholt wurde oben die Frage der Anfechtbarkeit des Treuhandvertrages im nachfolgenden Konkurs berührt. Wenn der Treuhandvertrag mit Erfolg angefochten wird, dann muß das Treugut zur Konkursmasse zurückgegeben werden, irgendwelche Sonderrechte können von den Vergleichsgläubigern nicht geltend gemacht werden (§ 37 KO.). Der Konkursverwalter wird also nach Möglichkeit versuchen von einem etwaigen Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen (§ 36 KO.).

Nach § 30 Z. 1 Halbs. 1 KO. sind anfechtbar nach Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Konkurses von dem Gemeinschuldner eingegangene Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden. Die Voraussetzung, daß den Vergleichsgläubigern als den Vertragsgegnern des Gemeinschuldners die Zahlungseinstellung bekannt war, trifft wohl immer zu, denn die Vergleichsverhandlungen gehen regelmäßig unter Einstellung der Zahlungen vor sich. Etwas Anderes ist es, ob die Konkursgläubiger durch den Vergleich benachteiligt werden. Es kommt hier, anders als nach dem Anfechtungsges. und nach § 31 KO., nur auf den objektiven Erfolg des Rechtsgeschäftes an; daß eine Absicht die übrigen Gläubiger zu benachteiligen dem ordnungsmäßigen Treuhandvergleich nicht entnommen werden kann. geht aus dem bisher Ausgeführten bereits hervor. Aber auch objektiv sind die Konkursgläubiger nicht benachteiligt. Maßstab für die Benachteiligung ist stets der Erfolg, den die Gläubiger in einem etwaigen Konkurs erzielt hätten. An diesem Maßstab gemessen haben sie aber — hier immer vorausgesetzt, daß der Vergleich auf ehrlicher und solider Grundlage sich entwickelt hat — keinen Nachteil zu befürchten. Eine Konkursanfechtung nach § 30 Z. 1 Halbs. 1 KO. wird daher in der Regel ausgeschlossen sein.

Dagegen ist eine Konkursanfechtung nach § 30 Z. 1 Halbs. 2 und nach § 30 Z. 2 KO. durchaus in Betracht zu ziehen. Durch den Treuhandliquidationsvergleich wird den Gläubigern eine Sicherung geboten, die sie nicht zu beanspruchen hatten. Sie sind dadurch gegenüber den gewöhnlichen Konkursgläubigern bevorzugt. Bedingung für die Anfechtung ist allerdings, daß der Konkurs auf derselben Zahlungseinstellung wie der Vergleich beruht, denn nur die nach der zum Konkurs führenden Zahlungseinstellung erfolgten Rechtshandlungen

unterliegen der Anfechtung. War also durch den Vergleich zeitweise die Illiquidität des Gemeinschuldners behoben, dann muß die Berufung auf § 30 Z. 1 Halbsatz 2 der KO. versagen. Der gerichtliche Vergleich und damit auch die Treuhandverfügung, die auf einem solchen gerichtlichen Vergleich beruht, sind, wie schon erwähnt, jeder weiteren Anfechtung außer den in §§ 76, 77 Vgl.O. erwähnten Fällen entzogen. Es geht nicht an, wie das Finke[1]) tut, hier eine Unterscheidung zwischen dem gerichtlichen Vergleich und der Treuhandverfügung zu seiner Ausführung zu machen, ersteren zwar für unanfechtbar, letztere aber für anfechtbar zu halten. Auf diesem Umweg wäre es möglich die Durchführung des von der Rechtsordnung mit Absicht gesicherten gerichtlichen Vergleichs doch unmöglich zu machen. Der gerichtliche Vergleich, wenn er überhaupt selbst einmal dem Konkurs standhält, deckt auch die Rechtsgeschäfte, die in ihm zu seiner unmittelbaren Ausführung vorgesehen sind.

Eine besondere Beachtung im Rahmen der Anfechtungsfrage ist dem Treuhänderhonorar zu schenken. Ist der Konkurs eingetreten, bevor der Treuhänder bezahlt wurde, dann ist seine Honorarforderung eine gewöhnliche Konkursforderung. Sie kann nicht als Masseforderung gelten, selbst dann nicht, wenn die Tätigkeit des Treuhänders eine Vorarbeit für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse durch den Konkursverwalter gewesen ist; denn von einer Konkursmasse im Sinne von § 58 Z. 2 KO. kann erst nach Eröffnung des Konkurses die Rede sein. Etwas anderes ist es, wenn für die Liquidationsmasse ein Absonderungsrecht eingeräumt wird. In diesem Fall wird auch der Liquidationstreuhänder, ebenso wie die Vergleichsgläubiger, seine Forderung abgesondert geltend machen können. Es ist anzunehmen, auch wenn solches im Treuhandvertrag nicht ausdrücklich erwähnt sein sollte, daß der Treuhänder mit seiner Honorarforderung keinesfalls schlechter gestellt sein soll, als die Vergleichsgläubiger. Er wird im Zweifel sogar den Gläubigern gegenüber eine Vorzugsstellung einnehmen und, wie der Konkursverwalter aus der Masse, sich aus dem Treugut vor den Gläubigern befriedigen dürfen. Aehnlich ist auch die Vergütung des Testamentsvollstreckers im Nachlaßkonkurs Masseschuld (§ 224 Nr. 6 KO.).

Eine Anfechtung des Treuhänderhonorars kommt dann in Betracht, wenn ihm ein solches nach Zahlungseinstellung aus der spä-

---

[1]) Diss. S. 43.

teren Konkursmasse bezahlt worden ist, seine Bemühungen um Abwendung des Konkurses also umsonst waren.

Nun ist klar, daß durch die Bezahlung des Treuhänderhonorars, ohne daß der Treuhandvergleich gelungen ist, das Vermögen des Schuldners ohne entsprechende Gegenleistung vermindert, die Konkursgläubiger insoweit benachteiligt worden sind. So sah auch das Kammergericht [1]) in der Honorierung des erfolglosen Treuhänders eine Benachteiligung der Konkursgläubiger und die Zahlung deshalb nach § 30 Z. 1 Halbs. 1 KO. für anfechtbar an. Dagegen wendet sich Jaeger [2]), indem er mit Recht ausführt, es komme auf den Sachverhalt bei Eingehung des Geschäfts an. Dadurch seien die Gläubiger aber nicht benachteiligt worden, daß ein Treuhänder gegen Bezahlung die Verpflichtung übernahm für eine Befriedigung aller Gläubiger nach konkursmäßigen Grundsätzen zu sorgen. Der Versuch eines außergerichtlichen Vergleichs sei im allgemeinen Gläubigerinteresse und es sei daher belanglos, wenn nachher der Versuch mißglücke und allerdings kein Gegenwert zur Masse fließe. Von einem derartigen Geschäft könne man nicht sagen, daß schon seine Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt habe. Insofern tragen die Gläubiger die Gefahr. Dieser Auffassung folgen nun das RG. (LZ. **1915**, 767) und das KG. (KuTr. **1928**, 47). Damit ist aber nur die Anwendbarkeit des § 30 Z. 1 Halbs. 1 KO. abgewehrt.

Zieht man § 30 Z. 1 Halbs. 2 KO. heran, dann muß ein Unterschied zwischen Bargeschäften und Kreditgeschäften berücksichtigt werden. Soll § 30 Z. 1 Halbs. 2 KO. zutreffen, dann muß der Begünstigte vor der Eröffnung des Konkurses Gläubiger gewesen sein (§ 3 KO.), es muß ihm Kredit gewährt worden sein. Nicht gehören hieher die Fälle, in denen sofortige Barzahlung erfolgt ist, der Leistungsempfänger keinen Augenblick Kredit gegeben hat, keinen Augenblick Gläubiger im eigentlichen Sinn gewesen ist. So zufällig es sein mag, ob der Treuhänder sofortige Bezahlung erhalten hat, oder seine Verpflichtung ohne sofortige Barzahlung eingegangen ist, so findet doch diese Unterscheidung im Gesetz eine direkte Stütze. Darüber aber, ob noch Barzahlung oder bereits Kreditgewährung vorliegt, muß, um unnötige Härten zu vermeiden, weitherzig entschieden werden. So nimmt das RG [3]) eine unmittel-

---

1) JW. **1913**, 248 = LZ. **1913**, 746.

2) LZ. **1914**, 1609, **1915**, 1253.

3) LZ. **1915**, 767.

bare Barzahlung auch bei Zahlung nach einigen Tagen an. Es entscheidet darüber die Verkehrsauffassung[1]), und es muß vor allem berücksichtigt werden, daß vielfach die Standespflicht des Anwalts oder Berufstreuhänders es verbietet — seit der Zeit der Geldknappheit sind auch hier einige Wandlungen zu bemerken — auf sofortige Bezahlung zu dringen. Jaeger empfiehlt daher für den Treuhänder die Honorarzahlung als aufschiebende Bedingung für die Vertragsannahme zu setzen. Dadurch wird unter allen Umständen der Charakter des Bargeschäfts gewahrt. Es ist auch tatsächlich nicht gerechtfertigt, den Treuhänder in das Risiko des Gelingens oder Mißlingens der Sanierung mit hineinzuziehen.

[1]) vgl. Jaeger JW. **1915**, 1254.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 3. Juni 1904 in Bonn als Sohn des Dr. Friedrich Kayser, nun Oberverwaltungsgerichtsrat in München, und seiner Ehefrau Katharina, geb. Zinstag.

Im Jahr 1923 bestand ich, nachdem ich 4 Jahre die Volksschule und 9 Jahre das humanistische Gymnasium besucht hatte, in Regensburg die Reifeprüfung. Hierauf war ich ein halbes Jahr in der mechanischen Werkstätte des Eisenwalzwerks Maximilianshütte bei Burglengenfeld praktisch tätig und studierte dann drei Halbjahre an der Maschineningenieurabteilung der Technischen Hochschule in München.

Ab Sommerhalbjahr 1925 widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an folgenden Universitäten: Im Sommerhalbjahr 1925 in Münschen, im Winterhalbjahr 1925/26 in Freiburg i. Br., im Sommerhalbjahr 1926 in Kiel, im Winterhalbjahr 1926/27, Sommerhalbjahr 1927 und Winterhalbjahr 1927/28 in München. Nach kurzer Unterbrechung wegen Krankheit war ich im Winterhalbjahr 1928/29 nocheinmal an der Universität München eingeschrieben und legte dort die erste juristische Prüfung ab.

Nach drei Jahren Vorbereitungsdienst bei den vorgeschriebenen Behörden unterzog ich mich im April 1932 der zweiten juristischen Prüfung und war hierauf für das Sommerhalbjahr 1932 als Hörer an der Universität Freiburg i. Br. eingeschrieben.

Seit 1. November 1932 bin ich im bayerischen Staatsdienst als Regierungsassessor an der Regierung von Niederbayern und der Oberpfalz in Regensburg angestellt.